

الذخيرة في فروع المألكة

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي القاسم أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقرافي

المعروف سنة ٥٦٨٤

تتبع وتصديق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

المجلد التاسع

الفاخر والتقدير المكتبة دار المناياة رحمة بن الفنايات

مستورات

محمد بن أبي بوشة

لشركه في الشقة والنسخة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الزخيرة في فروع المالكة

تأليف

الإمام شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المصري المشهور بالقراقي
المتوفى سنة ٦٨٤ هـ

تحقيق وتعليق

أبي إسحاق أحمد عبد الرحمن

الجزء التاسع

يحتوي على الكتب التالية:

المكتبة الشريفة المكتبة - أم هانئ الأولاد - الجنايات - رسميات الصالحان

مستورات

مؤسسة أبي بغير

لشركت الشنة وأجتماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



جميع الحقوق محفوظة

Copyright ©
All rights reserved
Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية في بيروت - لبنان

ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة
تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على
أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو
برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة
الناشر خطياً.

Exclusive Rights by

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

Droits Exclusifs à

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle ou morale d'éditer, de traduire, de photocopier, d'enregistrer sur cassette, disquette, C.D, ordinateur toute production écrite, entière ou partielle, sans l'autorisation signée de l'éditeur.

الطبعة الأولى

١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رمل الخريف - شارع البحري، بناية ملكارت
هاتف وفاكس ٠٣٦١٣٥ - ٣٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (٩٦١ ١)
صندوق بريد ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beirut - Lebanon

Ramel Al-Zarif, Bohtory St., Melkart Bldg, 1st Floor
Tel & Fax : 00 (961 1) 37 85 42 - 36 61 35 - 36 43 98
PO Box 11 - 9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Beyrouth - Liban

Ramel Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm Melkart, 1ère Etage
Tel & Fax : 00 (961 1) 37.85.42 - 36 61 35 - 36 43 98
B P : 11 - 9424 Beyrouth - Liban

ISBN 2-7451-3405-1



<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على محمد وعلى آله وسلم تسليماً

كتاب العتق

قال بعض العلماء: عتق العبد في نفسه وأعتقه سيده فهو معتق وعتيق، والعتق في اللغة: الخلوص، ومنه: عتاق الخيل، وعتاق الطير أى خالصوها، والبيت الحرام: عتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة، وفي الشرع: خلوص الرقبة من الرق. وفي التنبيهات: العتق والعتاق بفتح العين فيهما، وأمة عتيقة، وإماء عتائق، ولا يقال: عاتق ولا عواتق إلا أن يراد مستقبل الأمر، فهو عاتق غداً ولا يقال: عتق بضم العين بغير همز من أوله، بل أعتق بالهمزة، والبيت الحرام: عتيق، قيل عتق من الطوفان، وقيل لم يملكه جبار، وقيل: وقد يكون العتق من الجود والكرم، وفرس عتيق، إذا كان سابقاً، وعتق العبد أى التحق بالأحرار ثم فضله، وقد يكون من القوة والسراح. عتق الفرخ إذا قوى على الطيران، والعبد إذا أزال ضعفه عن الاكتساب، والعبادات (كذا).

والعتق من المندوبات إجماعاً، قال ابن حزم في كتاب الإجماع: وأجمعت الأمة على أنه لا يجوز عتق غير بنى آدم من الحيوان، لأنه السابئة المحرمة بالقرآن. وأصله: الكتاب، والسنة، والإجماع، أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وما أدرك ما العقبة، فك رقبة﴾ [البلد: ١٢، ١٣] وقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] وأما السنة ففي الصحيحين: قال النبي ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً، أَعْتَقَ اللَّهُ - تَعَالَى - بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ، حَتَّى أَنْهُ لَيُعْتِقُ الْيَدَ بِالْيَدِ وَالرُّجْلَ بِالرُّجْلِ وَالْفَرْجَ بِالْفَرْجِ»^(١)، وأجمعت الأمة على أنه قرية، وهو من أعظم القرب؛ لأن الله - تعالى - جعله كفارة القتل، وصلة الرحم أفضل منه؛ لما في مسلم قال رسول الله ﷺ لامرأة أعتقت رقبة: «لَوْ كُنْتُ أَخْدَمْتُهَا أَقَارِبَكَ لَكَانَ أَغْظَمَ لِأَجْرِكَ»^(٢).

(١) أخرجه البخارى (٥٩٩/١١) كتاب كفارات الأيمان: باب قول الله - تعالى -: أو تحرير رقبة (٦٧١٥)، ومسلم (١١٤٧/٢) كتاب العتق: باب فضل العتق (١٥٠٩/٢٣).
(٢) أخرجه مسلم (٩٩٩/٤٤) عن ميمونه بنت الحارث بلفظ «لو أعطيتها أخوالك...».

فرع: قال اللخمي: ظاهر الحديث يقتضى أنه إذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن العضو الذى يقابله منه، وهو ممكن؛ لأن الألم يخلقه الله تعالى فى أى عضو شاء، كما جاء فى الصحيح: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ عَلَى النَّارِ أَنْ تَأْكُلَ أَثَرِ السُّجُودِ»^(١).

فرع: قال: وعتق الذكر أفضل؛ لأن أثر العبادة فيه أوجد. ولأن كثيرًا من النساء لا يرغب فى العتق؛ لثلا يضيع. ولأن الرق فى الرجال أركى.

فإن استروا فى الذكورية وغيرها فأغلى ثمنًا؛ لأنه ﷺ سئل: أى الرقاب أفضل؟ فقال: «أَغْلَاهَا ثَمَنًا، وَأَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»^(٢) فإن كان الأعلى ثمنًا كافرًا، فضله مالك وخالفه أصبغ؛ قياسًا على العتق^(٣) الواجب.

ولأن الآخر يراعى فيه من يصرف إليه الإحسان. وإذا كان عتق الذكر أفضل، فالمرأة المسلمة أفضل من الكافر، وإذا كانا مسلمين، فالدين أفضل، وإن كان أقلهما ثمنًا. وفى المقدمات: إنما يكون الأعلى^(٤) ثمنًا أفضل حالًا عند استوائهما فى الكفر والإسلام، فالأعلى^(٥) ثمنًا من المسلمين أفضل وإن كان الآخر أفضل حالًا. وفى الكتاب نظران.

النظر الأول: فى أركانه، وهى ثلاثة:

الركن الأول: المعتق.

وفى الجواهر: هو كل مكلف لا حجر عليه؛ لأنه من باب الصدقة بالمال، وفى الركن تسعة فروع:

الأول: فى الكتاب: إذا قال العبد: كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة حر، فعتق،

(١) أخرجه البخارى (٨٠٦)، ومسلم (١٨٢/٢٩٩) عن أبى هريرة.

(٢) أخرجه البخارى (١٤٨/٥) كتاب العتق: باب أى الرقاب أفضل (٢٥١٨)، ومسلم (٨٩/١)، كتاب الإيمان: باب بيان كون الإيمان بالله تعالى (٨٤/١٣٦).

(٣) فى ط: عتق.

(٤) فى ط: الأعلى.

(٥) فى ط: فالأعلى.

ثم ابتاع رقيقاً قبل الأجل عتق لزوال مانع الرق، دون ملكه^(١)، وهو في ملك سيده؛ لأنه لا ينفذ عتق العبد لعبد إلا بإذن سيده، تطوع بذلك، أو حلف بذلك فحنت، إلا أن يعتق وهو في يده فيعتق إذا لم يرد السيد عتقه حين عتق، فإن رده قبل عتقه وبعد حنته لم يلزمه عتقه؛ لأن رد السيد إبطال لتصرف العبد.

وإن قال العبد: إن اشتريت هذه الأمة فهي حرة، فشدد مالك الكراهية في شرائها، ولم يذكر أن سيده أمره باليمين.

قال ابن يونس: قال محمد: المكاتب والسفيه كالعبد في رد العتق يبطل، ولا يلزمهم بعد العتق والرشد بخلاف المديان، [يرد]^(٢) عتقه للغرماء، ثم يفيد مالا قبل بيع العبد، إذ يقرب بيعه، وقاله ابن القاسم.

قال أشهب: رد الزوج عتق الزوجة، ثم تزول العصمة والعبد بيدها فإنه يبقى رقيقاً.

وقال ابن القاسم: يعتق بغير قضاء بخلاف السفيه والعبد.

والفرق: أن المديان والمرأة مطلقا التصرف في أنفسهما، وإنما تعلق به حق الغير، فإذا زال المانع نفذ^(٣) العتق، والمولى والعبد مسلوبان^(٤) صحة التصرف، وإنما قال ابن القاسم في عتق المرأة: إنه ينفذ بغير قضاء، وفي المديان بالقضاء؛ لأن رد الغرماء إيقاف للنظر^(٥) هل له مال أم لا؟ وليس حقهم في عين العبد، والزوج حقه في عين العبد، وليس رده لأمر بين، فهو أشبه برد المولى من رد الغرماء.

ورأى أشهب أنه كرد المولى.

والفرق لابن القاسم: أنها تتصرف في ملكها^(٦) بخلاف المولى عليه، فتوسط أمرها.

وأما إن حلف المولى عليه والمرأة والعبد، فلم يحنثوا حتى ملكوا أمرهم، فهو

(١) في ط: ماله.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: بعد.

(٤) في ط: مسئلتان.

(٥) في ط: النظر.

(٦) في ط: ثلثها.

يلزمهم؛ لزوال المانع.

وعن ابن القاسم في الصبي والعبد والنصراني يحتشون بعد زوال تلك الأحوال:
لا شيء عليهم؛ نظرًا لحالة اليمين، وهو السبب.
وقال عبد الملك: إذا أعتق العبد عبده، فسكت سيده وقد علم، لزمه^(١) العتق؛
لسكوت سيده وعلمه، وإنما كره مالك شراء العبد الأمة إذا علق عتقها؛ لأن لسيدها
رد عتقها فيبقى للسيد وطؤها وهي محلوف بحريتها، وكذلك لو أمره سيده باليمين
ولم يأمره بالشراء.

أما لو [أمره بهما]^(٢) عتقت عليه ولم يكن للسيد الرد كعتقه بإذنه.
قال مالك: وإذا كان السفية لا يولى عليه وهو يلى نفسه نفذ^(٣) عتقه.
قال ابن القاسم إلا البين السفه الذي يحجر مثله.
وعن مالك: البين السفه في إفساد ماله ينفذ تصرفه حتى يحجر عليه، وهو قول
أصحابه إلا ابن القاسم.
قال^(٤) أشهب: إذا حلف السفية المولى عليه بعتق^(٥) رقيقه وحنث بعد ولايته
لنفسه - يلزمه الحنث.
وقيل: لم يلزمه.

قال أشهب: إذا حنث قبل زوال الحجر بأن^(٦) رد وصيه^(٧) لم يلزمه بعد الحجر،
وإلا لزمه كالعبد، ولم يختلف مالك وأصحابه في نفوذ عتق السفية أم ولده؛ لما
يدخلها من الحرية، ولا يتبعها مالها عند ابن القاسم إلا التافه.
وقال أشهب: يتبعها كما لو طلق امرأته، ولها مهر عظيم عليه.
والفرق: أنه قادر على الاستثناء ههنا.
وقال المغيرة: عتقه أم ولده لا ينفذ بخلاف طلاقه.

(١) في ط: لا يلزمه.

(٢) في ط: أمرهما.

(٣) في ط: بعد.

(٤) في ط: قاله.

(٥) في ط: لعتق.

(٦) في ط: فإن.

(٧) في ط: وصيته.

وفى الجواهر: لا عتق للعبد إلا بإذن السيد، فيقوم فى مال السيد، كان للعبد مال أم لا، وكذلك^(١) إن كان بغير إذنه وأجازه.
قال سحنون: ويستوجب مال السيد. وإن احتيج إلى رقبة العبد فيما بيده لم يقوم عليه.

قال اللخمي: إذا قال العبد: كل عبد أملكه إلى ثلاثين سنة - كما تقدم -، فاشترى عبدًا فى حال الرق بعد إجازة السيد ليمينه، لزمه العتق، وإن أجاز يمينه فى ذلك العبد وحده، لزمه عتقه. وله^(٢): رد ما يشتريه بعده.
واختلف فى حل السيد ليمين العبد، فجعله ابن القاسم له دون أشهب، قال: وقول أشهب أظهر؛ لأن ضرر السيد فى العتق؛ لإبقاء اليمين، ولا يتقص من ثمنه إذا باعه.

الثانى: إن ملك عبده العتق، فقال: اخترت نفسى.
وقال: نويت بذلك العتق؛ صدق وعتق قياسًا على المرأة فى الطلاق، وإن لم يرد العتق لم يعتق.

وقال غيره: يعتق وإن لم يرده، كما يكون من المملكة طلاقًا وإن لم ترده.
وإن قال العبد: أنا أدخل الدار، وأردت بذلك العتق لم يعتق؛ لأنه ليس من لفظه، وقال غيره: لو قال: أنا أدخل، أو أذهب، أو أخرج - لم يكن هذا عتقًا، إلا أن يريد به العتق؛ لأنه يصلح أن يريد به العتق.

قال ابن القاسم: وإن قال السيد لعبده: «أدخل الدار» يريد به العتق عتق، بخلاف قول العبد؛ لأن العبد يدعى العتق إذا أجاب بغير لفظه، كالمملكة تقول لنا: أدخل بيتى، وتقول: أردت الطلاق، لا يقبل منها.

وليس للعبد والمرأة بذلك خيار - وإن كانا فى المجلس فى قول^(٣) مالك جميعًا - لتركهما ما جعل لهما حين أجابا بغير طلاق وعتق.

وتمليك العبد كتمليك المرأة ذلك فى يدهما ما لم يفترقوا من المجلس، أو يطول حتى يرى أنهما تركا ذلك، ولو خرجا من الذى كانا فيه إلى كلام غيره يعلم أنه ترك

(١) فى ط: وكان.

(٢) فى ط: قوله.

(٣) فى ط: قول.

لما كانا فيه - بطل ما جعل لهما، وهو أول قولي^(١) مالك، وبه أخذ ابن القاسم، وعليه جماعة الناس، ثم رجع فقال: ذلك لها وإن قامت من المجلس، إلا أن توقف أو تتركه يطؤها، أو يياشرها، ونحو ذلك، فيزول ما بيدها، وكذلك العتق.

قال ابن يونس: الفرق عند ابن القاسم بين العبد والمرأة في اختيار النفس: أن اختيار العبد نفسه قد يراد به البيع، و مقصود المرأة منحصر في الطلاق.

قال محمد بن القاسم: إن قال العبد: اخترت أمري، أو قبلت أمري و نوى العتق، فذلك له، وإن لم ينو فذلك باق بيده متى شاء أعتق نفسه.

وإن أجابا بغير ما جعل لهما، أبطل - في الكتاب - ما بيدهما، بخلاف السكوت الذي يترتب فيه الجواب.

وقال أشهب: ذلك لهما ما داما في المجلس، وقولهما الأول: «أدخل بيتي»، من العبد ونحوه كالسكوت.

قال اللخمي: إذا وكله على عتقها، فقال لها: ادخلي الدار، وقال: أردت العتق لم يصدق عند ابن القاسم، كما لا يصدق العبد.

قال محمد: إذا قال السيد: «أدخل الدار»، وقال: أردت به العتق أو الطلاق، لم يلزمه إلا أن يريد: إذا قلت هذا فهو حر أو طالق؛ لأن هذا ليس صريحاً ولا كناية.

الثالث: في الكتاب: إن وكلتهما على عتقه، فأعتقه أحدهما، فإن فوضت ذلك إليهما لم يعتق إلا باجتماعهما؛ لأنه ظاهر جمعه بينهما، وإن جعلتهما رسولين عتق، وكذلك الطلاق.

قال أشهب وغيره: لو ملكتها وأجنيبتا عتقها، فلا بد من اجتماعهما؛ لأن لكل واحد منهما [ما لصاحبه فإن]^(٢) وطئها [أحدهما فقد]^(٣) انتقض ذلك الأمر وحكم الوكيل حكم الموكل، وتقبل دعواه في البينة، ويلزم الموكل، بخلاف العبد المتهم لنفسه.

الرابع: ^(٤) ينفذ عتق السكران وتدييره، دون المعتوه المطبق، والصبي.

(١) في ط: قول.

(٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: فالرابع.

وإن علق العتق، ثم جن، ففعل ما حلف^(١) عليه في جنونه - فلا شيء عليه.
وإن قال الصبي: كل مملوك لى حر إذا احتلمت، فاحتلم فلا شيء عليه؛ لأن
اليمين والحنث لا بد من حصولهما في زمان ينفذ فيه التصرف، وأحدهما لا يستقل
إجمالاً.

والإكراه يمنع لزوم العتق والبيع وغيرهما، وإكراه السلطان وغيره سواء، والتهديد
بالضرب إكراه، والتخويف الذى لا يشك فيه، والسجن، وإكراه الزوج بالضرب،
وإن افتدت منه بشيء رده.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: البكر التى فى بيت أهلها ولم تعنس، لا يجوز
عتقها ولا معروفها، وإن أجازها والدها لا ينبغى للسلطان أن يجيزه، وهى كالصبي،
ويجوز عتق المعنسة إذا أنس منها الرشد فى بيت أبيها، والمعروف لمالك: لا ينفذ
عتقها، ولا ينفذ تصرف البكر إذا دخل بها زوجها، وإن أجازها الزوج حتى يتبين
رشدتها.

الخامس: فى الكتاب: دفع العبد لك مالاً لتشتريه لنفسك أو تشتريه لتعتقه
ففعلت، لزم البيع، فإن كنت استثنيت ماله لم تغرم الثمن ثانيةً وإلا غرمته؛ لأن
المال بقى للبائع، ويعتق الذى شرط العتق، ولا يتبعك شيء دون الآخر، وإن لم
يكن لك مال بيع عليك فى الثمن، وبيع العتق فى ثمنه إلا أن يكفى بعضه، فإن زاد
الثمن على العبد، فالزائد فى ذمتك.

وإن اشترى العبد نفسه^(٢) منك شراء فاسداً عتق، ولا تتبعه بقيمة ولا غيرها،
بخلاف شراء غيره؛ لأنك بعت مالك بمالك، فكأنك المعتق من غير بيع، إلا أن
تبيعه^(٣) لنفسه بخمر أو خنزير، فلك عليه^(٤) قيمة رقبة؛ لبطلان أصل العوض
بالكلية.

وقال غيره: هو حر، ولا شيء عليه؛ نظراً لما تقدم.
وإن أعتقه المشتري له بخمر عتق، وعليه قيمته يوم القبض.

(١) فى ط: جلف.

(٢) فى ط: بنفسه.

(٣) فى ط: يتبعه.

(٤) فى ط: عنه.

وفى النكت: إذا دفع لك عرضًا وقال لك: اشتر لنفسك، ولم تستثن ماله، فأنت كمن اشترى سلعة بسلعة، فاستحقت السلعة التي دفع فليسيد العبد الرجوع في عين^(١) عبده إن كان قائمًا لم يفت، وإن فات بحوالة سوق أو غيرها فعليك قيمة العبد.

قال ابن يونس: قال محمد: وإن قال له العبد: اشترني بهذا المال لنفسى، ففعل واستثنى ماله، عتق مكانه؛ لأنه مالك نفسه، وولأؤه لسيده البائع، وإن لم يستثن ماله عاد رقيقًا^(٢) لبائعه، والمال له، ولا يتبعه المشتري بثمنه^(٣) مليا أو معدمًا، والبيع محمول على أنه اشتراه لنفسه، حتى يعلم غيره؛ لأن الأصل في مباشرة العقود أن تكون للمباشر، فإن تداعيا ذلك:

قال أصبغ: صدق المشتري استثنى ماله أم لا؛ لأنه ضامن غارم، ويحلف إن استثنى ماله، فإن نكل حلف العبد وكان حرًا، ولو لم يستثن ماله لم يحلف للعبد، ولو ادعى البائع عليه أنه انما اشتراه لنفس العبد، حلف على ذلك وغرم الثمن ثانية، فإن نكل حلف السيد واستحق العبد.

قال أصبغ: وإن اختلف السيد والمشتري: فقال السيد: من مال عبدى دفعت إلى، وصدقه العبد، واتفقوا أنه اشتراه لنفسه، صدق المبتاع، استثنى ماله أم لا، فإن نكل حلف واستحق الثمن ثانية.

فإن لم يكن للمشتري مال وأعتق العبد رد العتق وتبع^(٤) الثمن، عرف بينهما معاملة قبل ذلك أم لا.

وقوله: إذا اشترى شراء فاسدًا، يعتق، ويكون كمبتاعه^(٥) كان له غيره كأنك انتزعت منه وأعتقته.

قال محمد بن ميسر: إن أعتقه على خمر فى يده فهو حر، ويكسر عليه، وإن كان فى ذمته فعليه قيمة رقبته، وهو موافق للمدونة، ومسألة المدونة إذا كان مضمونًا، وقال: ينبغى إذا كان مضمونًا أن يعتق^(٦) العبد، ويتبع بقيمته.

(١) فى ط: غير.

(٢) فى ط: رقا.

(٣) فى ط: يمينه.

(٤) فى ط: ويبيع.

(٥) فى ط: كما بعت.

(٦) فى ط: يعجل.

قال ابن القاسم: إن بعث عبدك من نفسه بأمته فوجدت بها عيًّا لم تردّها كأنك انتزعتها وأعتقته.

ثم رجع فقال: إن قاطعته عليها بعينها رددتها واتبعته بقيمتها، ولو كانت يوم العقد ليست له.

قال ابن القاسم: رددتها بالعيب الذي وجدته، ونفذت الحرية، واتبعته بقيمتها، كالمكاتب يقاطعك بجارية بعينها، فتوجد معيبة أو تستحق، فإنك ترجع عليه بقيمتها.

قال اللخمي: وإذا دفع لك عرضًا تشتريه له بالوكالة، وعلم به السيد قبل تغيير سوقه أو بدنه، قضى له بالقيمة، ولم يكن له أخذه، فإن كان موسرًا أخذت منه القيمة، وإلا اتبع بها، وإن أعتقت وأنت معسر، رد عتقك، وبيع في القيمة إن تغير سوقه، وإلا أخذه؛ لأن الوجه الذي تغيرت به رد من أصله، وبيع عند أشهب في القيمة؛ لأنه مرت به حالة فات بها.

وقال محمد: إن استثنيت ماله، عتق وولاؤه لسيد الأول لبائعه، ولم يفرق بين كون الثمن عيًّا أو عرضًا.

قال أصبغ: إن قال لسيدته: بعني نفسي بمائة، ولم يقل: من نفسي، فباع وقبض المائة، ثم قال: فلان أعطانيها؛ لأشترى بها نفسي، وقد أعتقني^(١) فلان وصدقه فلان، فإن كان قوله جوابًا لا كلامًا أو في المجلس أو قريبًا منه - صدق، وكان فلان^(٢) وارثه، وإن تباعد بعد الشراء لم يقبل منه.

وإن كان مثله لا يملك ذلك المال فهو كالأول، أو يملكه لم يصدق، والعتق ماض، وولاؤه لسيدته.

قال اللخمي: لا يصدق العبد إلا ببينة، فيبطل العتق، ويكون المال للآمر، وليس له أن يجيز^(٣) فعله، وإذا اشترى نفسه بعد أبى في ملكه، فلم يجده، فهل يرجع بقيمتها؛ لأنه قصد المبايعه أو لا؛ لأنه انتزاع؟ قولان.

السادس، في الكتاب: إن جحد العتق فاستغل واستخدم ووطئ، ثم ثبت العتق

(١) في ط: أعتق.

(٢) في ط: مولاة.

(٣) في ط: يجبر.

بالبينة، وهو يجحد، فلا شيء عليه^(١) من ذلك، وإن أقر بذلك ولم [ينزع ردت]^(٢) الغلة للعبد، و [له]^(٣) قيمة خدمته، ويحد في الوطء؛ كمن ابتاع حرة وهو يعلم بها، وإن حلف بعته^(٤) فحنث واستغله، ثم مات، وكاتبه ورثته غير عالمين بالحنث، ثم شهد بالعتق مضى العتق الآن، ولا رجوع له بغلة ولا كتابة. وكذلك إن جرحه السيد أو قذفه وثبت عتقه قبل ذلك والسيد جاحد، فلا شيء عليه، بخلاف حكمه مع الأجنبي.

وقال غيره: إن جحد السيد العتق فثبت بالبينة، رد الغلة، وللعبد حكم الحر فيما مضى قوداً^(٥) وجرحاً، له أو عليه، مع الأجنبي أو السيد؛ لأن الشهادة يثبت حكمها من يوم شهدوا أن العتق وقع فيه.

قال ابن يونس: قال أشهب: جحد السيد مع البينة كالإقرار، إلا في الوطء؛ لأن الجحد شبهة تمنع الحد، إلا أن يقر بالتعمد.

قال محمد: وإن أقر وقد جرحه خطأ، فعليه الأقل من دية جرحه عبداً أو حرّاً للعبد، إلا أن يكون ثلث الدية فأكثر، فلا شيء عليه أقر أو جحد؛ لأنه إقرار على العاقلة.

والقياس: أن عليه ما يلزمه مع العاقلة.

قال ابن القاسم: وإذا استحق العبد، فإنه حر الأصل لم يرد السيد ما أخذه من كتابة أو غلة، خدمة أو خراج دون ما انتزعه من ماله، أفاده عنده أم لا، ودون ما قبضة من أرش جراحاته وقطع يده؛ لأنه لا يضمه لو مات عنده، بل يرجع على بائعه بالثمن.

قال المغيرة: يرد غلته ويعطى الموطوءة صداق المثل، ولم ير ابن القاسم الصداق؛ لأن مسترق الحر دفع ثمناً انتفع به، فينتفع بمُثْمَنه^(٦)، كما استحق الملك. والفرق للمغيرة: أن العبد إذا هلك بيد مشتريه ضمنه، ولا يرجع بثمانه،

(١) في ط: عليك.

(٢) في ط: تنزع رددت.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: لعته.

(٥) في ط: مرددا.

(٦) في ط: بمثمنه.

والخراج بالضمان، والحر لا يضمه حر، ولو هلك بيد المشتري رجع بالثمن على البائع.

قال اللخمي: جعل مالك الجاحد في الكتاب له شبهة الملك، وحمله على النسيان، كمن طلق ثم أصاب على شبهة العقد المتقدم: أنه لا صداق لها. السابغ، في الكتاب: إن أعتق عبدًا من الغنيمة وله فيها نصيب لم يجز عتقه، وإن وطئ منها^(١) حد.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: يقطع للسرقة، وقال غيره: لا يحد للزنى، ويقطع إن سرق فوق حقه ثلاثة دراهم؛ لأن حقه في الغنيمة واجب موروث بخلاف بيت المال.

ووافق الجميع ابن القاسم في العتق إلا قولاً: أنه يعتق عليه. ومنشأ الخلاف: هل يلاحظ حقه في الغنيمة أو أن للإمام أن يبيع هذا أو^(٢) يعطيه لغيره؟

و لاحظ ابن القاسم أن حصته من الجنس غير معلومة، فلا يعلم ما يقول لشركائه.

قال: وهذا - والله أعلم - في الجيش العظيم، وأما في السرية اليسيرة، فحصته معلومة، فيعتق عليه ويقوم، ولا يحد للزنى باتفاق.

قال اللخمي: قال سحنون: يمضى عتقه من المغنم، ويغرم نصيب أصحابه، فإن كان فيه من يعتق عليه عتق نصيبه وغرم بقيته، وإن أحبل أمة لا يحد، وغرم القيمة يوم أحبلها لأمر الجيش، وإن تفرقوا تصدق به، وإن كان عديماً فله نصيبه بحساب أم ولد، وبيع باقيها.

الثامن: في الكتاب: إن أسلم عبد النصراني، ثم أعتقه قضى عليه بعتقه؛ لأنه حكم بين مسلم ونصراني ذمي، وإذا دخل الحربى بأمان فكاتب عبده، أو دبره، أو أعتقه، فله بيعه، وكذلك النصراني إن أعتق عبدًا نصرانيًا، إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام، فيحكم عليه بحريته، وكذلك لا يقوم عليه حصة شريكه، وإن

(١) في ط: فيها.

(٢) في ط: ولا.

دبر، أو كاتب لم يمنع الآن البيع؛ لأننا لا نعرض لهم في أموالهم ولا نسائهم، إلا أن يسلم العبد وهو بيده، فيؤاجر المدبر، وتباع كتابة المكاتب؛ لأنه لا يقر ملكه على مسلم، فإن بطل العتق في نصراني، أو دبره، أو حلف بذلك، ثم حث بعد إسلامه، أو قبله، لم يلزمه، وكذلك جميع أيمانه.

[و] في التنبيهات: إذا دبر النصراني أو كاتب، فأسلم العبد، ففسخ النصراني ذلك، لم يعرض له إن دبر قبل إسلام العبد قاله في المدونة.

وروى فيها: إن كان رده قبل أن يسلم العبد، قال ابن أبي زمنين: وهو أصوب، وقد جاء مفسراً في العتية: ليس له رده بعد إسلامه، لأنه حكم بين مسلم وذمي، فيحكم فيه بحكم الإسلام.

وفي النكت: قال بعض القرويين: إذا أعتق نصراني نصرانياً فأسلم العبد أو السيد، لا يحكم عليه بحريته، وله الرجوع ما لم يبين عنه على أصل ابن القاسم، وخالفه محمد، وإنما منع بعد بينوته عنه، لتوجه الحرية عليه للمسلمين، فلا يبطله النصراني.

قال ابن يونس: وإذا أسلم العبد المدبر وأجرناه^(١) فمات السيد نصرانياً عتق من^(٢) ثلثه إن حمله، وإلا فمبلغ الثلث، وورث ما بقى، فإن كان وارثه نصرانياً: خير على بيع ما صار له، أو مسلماً، أو لا وارث له، فما رق منه لجميع المسلمين؛ لأن المسلم لا يرث كافراً، وقيل [في الداخل]^(٣)، وأما ألا تفسخ الكتابة؛ لأنه من التظالم بينهم.

قال مالك: إلا أن يسلم العبد قبل ذلك، تلزمه الكتابة والتدبير، وإذا أعتق النصراني عبده وأسلم العبد إن بان عنه وصار كالأحرار، لا يرجع في عتقه، وإن كان يستخدمه كما كان حتى أسلم فله الرجوع، كما لو طلق امرأته ثم أسلم، فله حبسها إن لم تبئن عنه، وإلا فلا، وليس له نقض تدبير المدبر يسلم.

والفرق: أن شأن العتق بينونة العتق بنفسه، فلما بقى في خدمته فكأنه لم يعتقه، وليس شأن التدبير بينونة؛ فلذلك لزم، وظاهر المدونة: عدم الفرق، وأن ذلك

(١) في ط: واجرناه.

(٢) في ط: في.

(٣) هكذا في ط.

يثبت بإسلام العبد وإن لم يبينه في العتق، فللعق سببان: العتق والإسلام، ولا يحكم على العبد بعدم البيئونة؛ لأنه يقول: لو كانت البيئونة [شرطاً]^(١) لرجع في العتق. وفي الموازية: عتقه باطل إلا بإسلام أحدهما، فيصير حكماً بين مسلم وذمي، فيحكم فيه بأحكام الإسلام.

قال: ويلزم على تعليل صاحب النكت المتقدم: إذا كان المعتق أمةً أو زوجة لا تنفعها البيئونة؛ [لأنها لا تلزم]^(٢) حرية، وهو خلاف المنقول. وإنما العلة: إذا بان عنه فقد فعل موجب العتق والطلاق، وألزمه نفسه، فالرجوع فيه تظالم بينهم.

وقال اللخمي: بل ذلك كالهبة، والبيئونة قبض فيمنع الرجوع. وإذا أعتق أحد الشريكين النصرانيين، وأنفذ العتق، ليس لشريكه التقويم عليه، وله قيمة عيب العتق؛ لأنه من التظالم.

قال المغيرة: إذا حلف النصراني بعتق غلامه وطلاق امرأته، ثم حنث، فرفع الغلام أو المرأة ذلك إلى السلطان ألزمه ذلك، وكذلك أم الولد إذا مات عنها واسترعت حكم المسلمين.

وعن القاضي إسماعيل: يحد إذا زنى حد البكر، وكل ذلك ضعيف. التاسع: في الكتاب: إذا أقر الوارث أو شهد أن مورثه أعتق هذا في صحته أو مرضه، والثالث يحمله، وأنكر ذلك بقية الورثة، ردت شهادته وإقراره، ولا يقوم عليه؛ لأنه لم يعتق، ورق العبد، ويستحب للمقر بيع حصته، فيجعل ثمنه في رقبة^(٣) يعتقها، ويكون ولاؤها لأبيه^(٤)، ولا يجبر على ذلك، وما لا يبلغ رقبة [يعين به]^(٥) في رقبة، فإن لم يجد ففي أحد^(٦) نجوم كتابه، فإن ترك الميت عبداً آخر وطلب الورثة القسمة، فوقع المقر بعتقه^(٧) للمقر عتق بالقضاء.

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: لأنهما لا يلزم.

(٣) في ط: رقبته.

(٤) في ط: لأبيها.

(٥) سقط في ط.

(٦) في ط: أخذ.

(٧) في ط: به.

وإن اختلف اثنان فقال أحدهما: أعتق أبى هذا، وقال الآخر: بل هذا، قسمت العبيد فمن^(١) وقع فى سهمه، من أقر به عتق عليه ما حمل الثلث منه، وإن لم يقع له، أخرج مقدار نصف ذلك العبد إن حملة ثلث الميت فيجعل فى رقبة، أو يعين به فى رقبة، ولا يؤمر ههنا بالبيع لانقسام العبيد، وما لا [ينقسم فكالعبد]^(٢) الواحد كما تقدم.

وفى النكت: حيث أمر بالبيع فى حصته، ثم اشتراه بعد ذلك، عتق عليه. والفرق بين الملك ثانياً وبين إقراره أولاً: أن الإرث جره إليه والمشتري منحاه^(٣) للمالك.

قال ابن يونس: إذا أقر أحد الورثة أو شهد فرد لك، فكل وارث مالك نصابه، فيتورع عن خدمته، ولو قال: أجزت عتق نصابى عتق، ولا يقوم عليه، قاله ابن القاسم.

ورد الشهادة؛ للتهمة فى جر الولاء.

وإن ملك الشاهد أو الوارث المقر العبد^(٤) يوماً عتق عليه إن حملة الثلث، رجع عن شهادته أم لا، إذا كان عتق الميت فى مرضه ولو قال فى صحته: لم يجز له ملك شىء منه أبداً، ولو أعتقه فى مرضه ومعه وصايا فقدم عليها، والثلث يحمله فقط، فإنه متى ما ملك منه شيئاً عتق عليه ملكه كله أو بعضه، وإن كانت تلك الوصايا تقدم عليه عتق عليه، أى أملكه بما كان يحصل له من العتق فى تبديده غيره أو مساواته له، وكذلك إذا لم يملكه، وإنما صار له منه دنائير أو دراهم أو عرض.

وإن شهد الوارث أن الميت أوصى بعتق بقية المعتق بعضه، عتق نصيب الشاهد فقط؛ لأنه لم يدخل فساد على الورثة؛ لأن بعضه حر، ويحلف الباقيون على علمهم. وإن كان مع الوارث من لا يرث الولاء والعبد ممن يرغب فى ولائه - بطلت الشهادة، وإن كان بعضه حرّاً، ومتى ملكه عتق عليه، ولا يقوم عليه بقيته، وما عتق بهذا الوجه فولأؤه للميت، ولمن يرثه عنه.

(١) فى ط: فيمن.

(٢) فى ط: تنقسم فالكالعبد.

(٣) فى ط: منحان

(٤) فى ط: الوارث الشاهد أو المقر العبد.

وإذا كان وارث واحد هو الشاهد بالعتق، أو وارثان لم يرثه غيرهما عتق جميع العبد، كان الشاهد عدلا أم لا، وإن كان غير مولى عليه. والذي قاله في المدونة فيه: يجعل ما صار له في رقبة من غير إجبار. قال في العتبية: يعتق عليه؛ لأنه مقر بحريته.

قال: ونقل الثلث المتقدم مشكل، قال: ولا أعلم في أصولنا عبداً يجوز ملكه وبيعه، فإذا اشتراه عتق عليه على مذهب المدونة، إذا اشترى بعضه، إلا أن يشتره كله، مما لا يعتق عليه بالميراث، إلا أن يمكنه كله، والسبب: 'دخول الضرر على بقية الشركة.

قال مالك: وإذا ترك عبدين قيمتهما سواء، لم يترك غيرهما، وترك ولدين، تنازعا أيهما عتق، واقتسما، ووقع لكل واحد الذي يشهد به، عتق منه ثلثه، مثل أن يكون قيمة^(١) كل عبد ثلاثين، وثلث للميت عشرون، وهو ثلثا^(٢) العبد؛ لأن صاحبه لو صدقه كان الذي يعتق منه.

وقال البرقي: إن لم يحملوا القسمة تفاوماهما، وإن صار لكل واحد العبد الذي لم يقر به، أمر بإخراج ثلث قيمة الذي صار له، فيجعله^(٣) في رقبة بغير قضاء، أو العبد الذي أقر له عتق عليه ثلثاه بالقضاء، لأن قيمتهما سواء.

قال ابن القاسم: إذا ترك ابنا^(٤) وثلثة أعبد فقال: أعتق أبي هذا، ثم قال: بل هذا، ثم قال: بل هذا، وقيمتهم سواء، عتق عليه الثلاثة؛ لوجود الإقرار في الجميع.

وإن اختلفت قيمتهم، عتق من كل واحد ثلث ثلث الثلاثة ومن الثاني ثلث قيمة الاثنين، وثلث ما بقي من الأول، ومن الثالث ثلثه، وثلث ما راق من صاحبيه^(٥)، إن رق شيء.

قال ابن يونس: إن استوت القيمة ولم يترك غيرهم، عتق الأول؛ لأنه ثلث

(١) في ط: فيه.

(٢) في ط: ثلث.

(٣) في ط: فجعله.

(٤) في ط: أبنان.

(٥) في ط: صاحبه.

الميت، وثالث الثاني، لا ثلث ما بقى، وأربعة أتساع الثالث؛ لأنه -أيضاً- ثلث ما بقى.

قال للخمى: إقرار^(١) بعض الورثة لا يقبل، كان من العبد الذى ينقص عتقه قيمة ما بقى أم لا، وفى إقرار الوارث ثلاثة أقوال: يرق نصيبه، ويبطل إقراره، ويجوز، ويعتق نصيبه ولا يقوم. والثالث: يعتق ويقوم عليه نصيب شركائه؛ لأنه يتهم أن يكون العتق منه، وينسب ذلك للميت، وهل بطلان العتق والإقرار؛ لأنه يدخل عيياً على الورثة، أو لأنه يؤدى إلى عتق من غير استكمال، فاعتبر فى المدونة حق^(٢) الشركاء؛ ولذلك أجازها إذا كانا عبيدين فاقتهما^(٣)، وعلى هذا إذا لم ينقص أو دفع النقص يجوز وإن كره الشركاء، وكذلك أن رضى الشركاء بالعبد.

وإذا شهد أحد الورثة وهو عدل، فللعبد تحليف الكبار الرشد. قال محمد: إلا أن يكون فيهم صغير أو سفيه؛ لأنهم [لو]^(٤) أقروا حيثئذ، لم يعتق.

وعلى قوله: لو حلف أحد الكبار لم يحلف الباقين؛ لأنهم لو أقروا لم يعتق، فإن نكل حلف الثانى، فإن حلف لم يحلف الثالث.

وعلى القول بعتقه يحلف كلهم، فمن أقر عتق نصيبه، وإن نكل سجن حتى يحلف، وإن شهد اثنان من الورثة ولم يعدلا لم يعتق على ما فى المدونة.

وعلى الآخر: يعتق أنصباؤهما، وإن كانا غير عدلين، والولاء يثبت لجميعهم: المقر والمنكر، وللمنكر خاصة قضى بعتقه، أو للمقر خاصة كالإخوة للأب، والإخوة، أو رجال ونساء، والعبد [لا]^(٥) يرغب فى ولائه جازت الشهادة، وإن كان يرغب فى ولائه^(٦)، ردها فى المدونة وأجازها فى الموازية.

تنبيه: وافقنا الأئمة على عدم نفوذ عتق الصبى والمجنون والمحجور.

وقال ابن حنبل: يصح عتق الصبى وطلاقه.

(١) فى ط: قرار.

(٢) فى ط: حتى.

(٣) فى ط: فاقتهما.

(٤) سقط فى ط.

(٥) سقط فى ط.

(٦) فى ط: ولاء.

وقال (ح): لا يصح؛ لعدم تمام ملكه؛ بدليل إباحة أخذه منه.
 ووافقنا (ش): أن عتق المريض المديون يرد بالدين، ويباع فيه.
 قال (ح): يصح، ويسعى^(١) العبد في قيمته، فتد^(٢) في الدين؛ لأنه عتق في ملكه؛ فيصح كالصحيح.
 وجوابه: الفرق بأن الصحيح ذمته باقية فأمكن الجمع بين الغرماء والعتق، بخلاف المريض، مع أننا نمنع الحكم على أصلنا، ومتى تقدم الدين أبطلناه فيهما.
 الركن الثاني: العتق.
 وفي الجواهر: هو كل إنسان مملوك لم يتعلق برقته حق لازم، ولا وثيقة، على الخلاف والتفصيل في عتق الرهن.
 وفي الركن ستة فروع:
 الأول: ما في الكتاب:
 إن أعتق ما في بطن أمته أو دبره وهي حامل يومئذ، فما أتت به من ذلك إلى أقصى حمل النساء، فهو حر، ولو كان لها زوج، ولا يعلم أن حملها^(٣) يوم يعتق إلا ما وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم أعتق؛ كالمواريث.
 وإذا ولد من يرث لأقل من ستة أشهر لم يرث.
 ولو كانت يوم العتق ظاهرة الحمل، من زوج أو غيره عتق ما أتت به ما بينها وبين أربع سنين؛ لأنه أقصى ما يلحق به الولد.
 قال غيره: إن كان الزوج مرسلاً عليها وليست بينة الحمل، انتظرت إلى ست أشهر، وإن كان غائباً أو صبيّاً فما ولدته إلى أقصى النساء، فهو حر.
 وقال أشهب: لا يسترق الولد بالشك، فلعلها كانت حاملاً [به]^(٤) يوم العتق.
 قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن أعتق ما في بطن أمته في صحته، لا تباع وهي حامل إلا في قيام دين استحدثه قبل عتقه أو بعده إذا لم يكن له مال غيرها، ويرق جنينها؛ لأنه لا يجوز استثناءه، فإن قام الغرماء بعد الوضع والدين بعد العتق،

(١) في ط: ومتناً.

(٢) في ط: فيمر.

(٣) في ط: فساداً.

(٤) سقط في ط.

عتق الولد من رأس المال، ولدته في مرض السيد أو بعد موته، وتباع الأم وحدها في الدين، أو قبل العتق يبيع الولد للغرماء إن لم تف الأم بالدين، ومثل^(١) هذا الجنين عتق جنين الأمة إذا طرح؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الوضع، ولو استهل صارخاً ثم مات، ففيه الدية باستهلاله، مع القسامة قاله مالك.

وإن أوصى لك بجنين، ومات الموصى وأعتقه^(٢)، وجنى عليه واستهل بعد الوضع ففيه عقل حر، وكذلك الموهوب له.

قال ابن يونس: والصواب: مراعاة يوم الموت كما قاله مالك؛ لأنه لو كان نصرانياً فأسلم، ثم مات: لوارث الإسلام ووارثيه إلا أن يكون الجرح أنفذ مقاتله.

الثاني: في الكتاب: إذا أعتق حاملاً عتق جنينها، وإن لم يذكره؛ لأنه كعضو منها.

قال ربيعة: وإن استثناه كان حراً، ولا ينفعه استثنائه.

الثالث: في الكتاب: إذا وهبت الجنين أو أوصيت [به]^(٣)، ثم وهبت أمه لآخر وأعتقها هو أو وارثه بعد موته عتق الجنين تبعاً لها^(٤)، وسقطت القيمة وغيرها. وإن وهبت عبداً أو أخدمته لرجل حياته ثم أعتقه قبل الحوز، نفذ العتق وبطل سواه، علم المعطى بالهبة أم لا؛ لأن هذه الأمور مشروطة ببقاء الملك، فتبطل؛ لبطلان شرطها، كما لو مات.

[و] في النكت: قال ابن القاسم: إذا تصدق بأمته على رجل، وبجنينها على آخر، فوضعت، أخذ كل منهما ما وهب له، فإن أعتقها المتصدق عليه بها قبل الوضع عتقت هي وجنينها.

وقال محمد: إنما يكون للمتصدق عليه بالأم حتى تضع ويبطل عتقه، واختاره محمد؛ لأنه لا تصير له الأم إلا بعد الوضع.

قال ابن القاسم: وكذلك إن أعتق صاحب الولد الولد، فلا عتق له حتى تضع؛

(١) في ط: في.

(٢) في ط: وأعتقه.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: لقيمتها.

فتتم حريته .

قال ابن يونس: إذا تصدق بالرقبة على رجل، وبالجنين على آخر، ففلس صاحب الرقبة بيعت بما فى بطنها، أو صاحب الجنين لم يبع حتى تضع .
وقال محمد: لا تباع فى دين صاحب الرقبة حتى تضع؛ لأنها يومئذ تتعين له، كما لو استثنى خدمتها سنة، وليس كسيدها الأول .

ولو جنت فافتداها صاحب الرقبة لم يكن لصاحب الجنين شيء، وإن أسلمها رقت مع جنيها، كان قد أعتق الجنين صاحبه أم لا، ولو أعتقها صاحبها ثم جنت اتبعت بالأرض .

ومن أعتق جنين أمته، وعلم غرماؤه بعتقه، وقاموا: قال أبو عمران: تباع لهم بما فى بطنها؛ لضعف عتق الجنين؛ لأنها تباع فى الدين المستحدث مع جنيها، وإن بيعت فى الدين المستحدث بجنيها، ثم ردت بعيب وقد ولدت، لا يباع الولد الآن؛ لأنه الآن [مستقل لا يتبعها وأولا هو] ^(١) كعضو منها .

الرابع: فى الكتاب ^(٢): إذا أعتقه وله على السيد دين رجع عليه، إلا أن يستثنيه السيد، أو يستثنى ماله؛ لأن العبد يتبعه ماله فى العتق .

قال ربيعة: علم السيد بمال العبد أم لا .

قال أبو الزناد: تنفعه بما له فى العتق سرية أولدها بإذن السيد أو لا، وولدها منه رق للسيد، وإن كان بعض العبد حرًا ليس لمالك بقيته انتزاع ماله، ويوقف بيده، وله بيع حصته، ويحل المبتاع فى المال محل البائع، وإن مات فالمال للمتمسك بالرق خاصة؛ لأنه لا يورث حتى تتم حريته .

وقال الأئمة: إن أعتق العبد فماله لسيده .

لنا: ما رواه أحمد وغيره: أن النبى ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَالْمَالُ لِلْعَبْدِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ السَّيِّدُ» ^(٣) أخرجه صاحب الاستذكار، ورواه ابن وهب .
ولأنه قاله ابن عمر، وعائشة رضى الله عنهما وقال: وقول الصحابي حجة .

(١) فى ط: مستقبل لا يبيعها وأولادها .

(٢) (٤٤٣/٢) .

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨/٤) فى العتق: باب فيمن أعتق عبدًا وله مال (٣٩٦٢)، وابن ماجه

(٨٤٥/٢) فى العتق: باب من أعتق شركًا له فى عبد (٢٥٢٩) .

ولأن المكاتب إذا كوتب تبعه ماله، وإن لم يشترطه، والكتابة سبب العتق، فالتعتق^(١) أولى.

ولأنه يخرج من [ملكه بحاجة]^(٢)، فمن المناسب أن يتبعه ماله سداً لخلته. احتجوا بقول النبي ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ عَبْدَهُ أَوْ غُلَامَهُ وَلَمْ يُخْبِرْهُ بِمَالِهِ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ»^(٣) ولأن العبد وماله كانا للسيد، فيستصحب ملكه.

وعن الثالث: الفرق بأنه في البيع خرج من غنى نفقة سيد إلى غنى نفقة سيد؛ فلا حاجة للمال.

وفي العتق خرج من غنى إلى فقر.

قال ابن يونس: إذا كان العبد بينكما لا تتزعا^(٤) ماله إلا باجتماعكما، ولا يجوز لأحدكما بيع حصته إلا أن يشترط المبتاع ماله: كعبد بعضه حر، إلا أن تبيعه^(٥) من شريكك، قاله سحنون.

وإذا أذن أحدكما لشريكه في أخذ حصته من المال وأبقى الآخر حصته جاز. وإن باعه واستثنى المبتاع ماله بينكما نصفان، لا يحاص هذا بما زاد المال في ثمنه؛ لأنه لا حصة له من الثمن.

قال اللخمي: اختلف قول ابن القاسم في دين العبد: ففي كتاب المكاتب: إذا كاتب عبده على أن يسلفه: أن ذلك ليس بسلف، بل انتزاع ووعد بالإعادة، والمعتق بعضه إذا باع المالك حصته، واستثنى نصف ماله: قال مالك لم يجوز ورد البيع، إلا أن يسقط شرطه أو يرضى العبد به؛ لأنه ماله أعطاه لسيده، ويفسد البيع، ولو كان موقوفاً حتى يسأل عن الحكم لفسد البيع أيضاً.

وأما منافعه: فيخدم السيد يوماً ويوماً له، أو على ما يتراضيان من عدد الأيام إلى خمسة أيام.

(١) في ط: والعتق.

(٢) في ط: ملك لحاجة.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٥٣٠) عن ابن مسعود بلفظ «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْتَقَ غُلَامًا وَلَمْ يَسْمُ مَا لَهُ فَالْمَالُ لَهُ». وقال البوصيري في زوائد ابن ماجه: إسناده فيه مقال، اسحاق بن إبراهيم قال فيه البخاري: لا يتابع في رفع حديثه.

(٤) في ط: يتزعان.

(٥) في ط: يبيعه.

وأجاز ابن عبد الحكم شهرًا لشهر. وإن كان [عبد إجارة]^(١) اقتسما الأجرة بخلاف ما يكسبه من غير خراج، وللسيد أن يقول: يعمل لى يومًا بيوم، أو أجرة يوم فى تلك الصنعة، ويأخذ السيد نصف ما يحصله فى منجز القراض من ربح، وإن تجر بمال لنفسه لم يأخذ؛ لأن الأول منافعه، والثانى من ماله.

وإن قال السيد: أؤجر^(٢) يومى، فله ذلك، فإن أحب السفر به فله ذلك فى القريب، وإن كان بعيدًا كتب القاضى كتبًا بشهوده من العمل الذى يذهب إليه إن خاف البيع أو الظلم هناك، وإن كان سيده غير مأمون منع من الخروج به.

وقال أشهب: يخرج به وإن لم يكن مأمونًا؛ لأنه شريك معه فى نفسه، وليس لأحد الشريكين السفر بالعبد دون رضا الآخر؛ لأنه ملكه لا يتصرف فيه إلا بإذنه، وإذا سافر سيد العبد به ورجع لم يحاسبه بشيء.

وقال أصبغ: يرجع على سيده بأجرة مثله وحرته.

قال: وهذا أشبه، إلا أن يكون ذلك لصنعة يعملها فى الحاضرة ولا توفى إجارته^(٣)، فلا يكون له أن يخرج به إلا أن يغرم نصف الذى يحصله فى حضره.

ولا يتبع المعتق ولده؛ لأنه عبد حر، قاله مالك فى الموطأ.

قال اللخمي: والمعتق بعضه ماله بيده فينفق منه ويكتسب؛ لأنه شركة بينهما، والنفقة [الكسوة منصوبة]^(٤) عليهما، وإن لم يكن له مال أنفق السيد النصف، ونظر العبد لنفسه فى النصف، وكذلك الكسوة

نظائر: قال العبدى: يتبع العبد فى ماله فى ثلاثة: العتق، والكتابة، والجناية، ولا يتبعه فى البيع إلا بشرط، واختلف فى الوصية، والهبة، والصدقة.

وفى النكت: يتبع فى العتق دون البتل^(٥)، والصدقة.

والفرق - وإن كان الجميع معروفًا - : أنه فى الصدقة خرج من مالك إلى مالك، فهو أشبه بالبيع من العتق.

(١) فى ط: عبدًا حازه.

(٢) فى ط: أجزك.

(٣) فى ط: إجارة.

(٤) فى ط: والسكوت مفصولة.

(٥) فى ط: البت.

الخامس: قال البصرى فى تعليقه: العتق فى دار الحرب يقع عتقه؛ قاله مالك و(ش).

وقال (ح): لا يقع؛ لأنه عرضة للسبى؛ فأشبهه الكافر.

لنا: أن العباس أعتق عبده بمكة، فنفذ رسول الله ﷺ عتقه فى دار الحرب، وأن حكيم بن حزام عتق رقيقه فى الجاهلية، فقال له ﷺ: «أَسْلَمْتَ عَلَى مَا أَسْلَفْتَ مِنَ الْأَجْرِ»^(١).

ولأن النسب يثبت فى دار الحرب؛ فيثبت الولاء.

ولأنه إعتاق من مسلم؛ فينفذ كدار الإسلام.

وأما القياس على الكافر: فلا يصح؛ لأنه لو أعتق فى دار الإسلام لم يثبت له الولاء.

السادس: فى الكتاب: إن أجره أو أخدمه سنة، فأعتقه قبل السنة، لم يعتق حتى تمضى السنة؛ لتعلق حق الغير، وإن مات السيد قبل السنة لم تنتقص^(٢) إجارته وخدمته؛ لصحة التصرف فيها حالة الحياة، ويعتق بعد السنة من رأس المال، إلا أن يترك مستحق الإجارة أو الخدمة حقه، فيجعل^(٣) العتق.

قال اللخمي: إذا استدان قبل حوزها، أخذها الغريم؛ لأنها شرع بعد الدين كالعتق، وإذا كان الدين قبل العتق، وهو يستغرق قيمة العبد رد العتق، ويبيع للغريم^(٤)، أو لا يستغرق، وفى قيمة الخدمة كفاية الدين، يبيع به، ومضى العتق إلى أجله، وإن كانت لا توفى، وإن بيعت الرقبة، كان فيها فضل لم يباع، وإن وفى ثلاثة أرباع الخدمة وربيع الرقبة أجل^(٥)؛ وكان ثلاثة أرباع الرقبة عتيقاً^(٦) عند الأجل. الركن الثالث: الصيغة: وفى الجواهر: صريحها: التحرير، والإعتاق، وفك الرقبة.

(١) أخرجه البخارى (٢٥٣٨)، ومسلم (١٩٤/١٢٣)، والحميدى (٥٤)، وأحمد (٤٣٤/٣).

(٢) فى ط: تنقص.

(٣) ف ط: فيجعل.

(٤) فى ط: الغريم.

(٥) فى ط: وجل.

(٦) فى ط: عتيقاً.

والكناية: اذهب واعزب، ونحو ذلك، فلا تعمل إلا بنية العتق.
والحق ابن القاسم بذلك: اسقنى الماء، وادخل الدار، ونحوه إذا نوى العتق.
ولو قال حال المساومة: هذا عبد جيد حر، لم يلزمه شيء؛ لصرف القرينة إلى المدح.

قال صاحب القبس: إذا قال لعبده: هذا أبى، هو كناية: إن أراد به العتق، عتق، وقال (ش): لا يعتق وإن نوى، لأنها نية بغير لفظ.
وقال (ح): يعتق، إن كان العبد أكبر منه سناً.
لنا: قوله ﷺ: «الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»^(١).

قاعدة: الصريح فى كل باب: ما دل على الشيء بالوضع اللغوى أو الشرعى، كما جاء، ﴿فَتَحَرَّيْ رَقَبَةً﴾ [النساء: ٩٢] فى الكتاب العزيز.
وفى السنة: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِى عَبْدٍ»^(٢).

العتق، والكناية: هى كل لفظ صح استعماله فى ذلك المعنى مجازاً، نحو: اذهب، فيحتمل الذهاب عن الملك وهو عتق من البيت وليس عتقاً، وهذان القسمان وافقنا فيهما الأئمة من حيث الجملة.

وخالفنا (ش) فيما لا يصح استعماله ألبتة.
وعندنا يفيد^(٣) أنه وضع هذا اللفظ الآن، وهو يمنع أن يجعل^(٤) مثل هذا من المكلف سبب العتق ونحن نقيسه على الوضع الأصلى.

وجعل (ش): أنت، كناية، ونحن نقول: كل ما كان صريحاً فى باب، لا ينصرف إلى باب آخر بالنية، وقاله (ح)، ولم يثبت العتق.

لنا: أن الصريح فى باب، نقله إلى باب آخر نسخ بالكلية، بخلاف الكناية؛ لأنه أحد محتمليها، والنقل الخاص نحو: اسقنى؛ لأنه ليس إبطالاً بسبب شرعى، وهم نقلوا عنا العتق به؛ لأنه إزالة لمطلق القيد، ومنه لفظ مطلق، ووجه طلق، وحلال مطلق، والملك أحد أنواع القيد، فيزول فيعتق، وقاله صاحب الجلاب وغيره منا،

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) فى ط: بعيد.

(٤) فى ط: أجعل.

فهو مستثنى من القاعدة فى صرف الطلاق للعتاق كما تقدم.
ووافقنا (ش) وابن حنبل فى: «لا سلطان لى عليك»، وفى: «أنت لله»، إذا نوى به العتق؛ لأنه يقبله مجازًا.
ومنع (ح)؛ لأن الأول يقتضى عنده: لا خدمة لى عليك، ولو صرح بذلك لم يعتق.

والثانى، لو قاله لامرأته لم تطلق.
والجواب: منع الحكم فى الجميع.
ووافقنا (ح) فى: «وهبت منك نفسك»؛ وقال (ش): إن قبل يعتق، وإلا فلا؛ لأنه إيجاب لا بد فيه من القبول.
لنا: أنه لفظ يقبل استعماله فيه مجازًا؛ فيصح كسائر الكنايات؛ لأنه إذا ملكه نفسه، فقد عتق، والتعبير باللازم عن الملزوم مجاز عربى.
وفى الركن: سبعة وعشرون فرعًا:

الأول: فى الكتاب: تعليق العتق بخلاف تعليق التدبير، فلا حنث فى العتق عليه^(١) إلا أن يجعل حثه^(٢) بعد موت فلان أو [بعد]^(٣) خدمة العبد إلى أجل، فكما قال، واليمين بالعتق يجب الوفاء بها^(٤) بخلاف الوصية به، فيجوز الرجوع فيها؛ ترغيبًا فى القربات عند الممات، وإذا حنث فى يمين عتق بالقضاء، وفى النذر يؤمر من غير قضاء؛ لأن النذر قرية تفتقر إلى النية والخبر منعها.
وإن قال: إن ملكتك أو اشتريتك فأنت حر، فإن اشتراه أو بعضه، عتق عليه جميعه، ويقوم عليه نصيب شريكه؛ لأنه مدخل لليب على شريكه بتعليقه.
وإن اشتراه شراء فاسدًا، عتق عليه، ولزمته قيمته، ورد الثمن: كمن باع عبدًا بثوب فأعتقه، ثم استحق الثوب، فعليه قيمة العبد.
وإن قال: إن بعتك فأنت حر، فاشتراه، عتق على البائع؛ لأنه مرتهن بيمينه، وقد صار عتيقًا بنفس الموت، وهذه الوصية ونفس البيع.

(١) فى ط: عليها.

(٢) فى ط: حقيقة.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: به.

قال فى النكت: العتق قد لا يبين^(١) فيه فحنت بعد الموت، وتارة يكون معلّقاً على موت، وإن حنت بعد الموت، هو مثل التدبير، ولكن التدبير لا يكون إلا بعد الموت، فلما نشأ به أشار إلى الفرق.

وفرق آخر: أن المدبر لا يباع فى الحياة فى الدين، والمعلق عتقه يباع؛ لأنه قادر على المعلق^(٢) والتدبير أقوى؛ لعجزه عن حله، وهذا يقدم إذا ضاق الثلث بعد الموت.

وقوله: إذا أعتقه، ثم استحق الثوب عليه قيل [فيه]^(٣): إنما رجع بقيمة العبد إذا كان دافع الثوب قد تقدمت له فيه شبهة ملك، وأما إن تعدى على ثوب رجل، فباعه بعد، فينتقض عتق العبد، ويأخذه عبده.

ووجه تشبيهه: التعليق على البيع بالموت: أنه بالموت؛ فيصير للوارث، ولم يمنع ذلك العتق، كذلك البيع يصير للمشتري، فلا يمنع ذلك العتق.

قال سحنون: ومال العبد ههنا للبائع؛ لأن العتق ورد بعد تقريره له بالبيع.

قال عبد الحق: وإن استثنى المشتري ماله بيد العبد؛ لأن شراء المشتري قد انتقض بالعتق، والبائع لم يبقه لنفسه، فإن قال: إن بعث هذا الشيء فهو صدقة، فباعه لم ينقض البيع، بخلاف العتق؛ لأن الصدقة لا يجبر على إخراجها، وإن كانت على معين، أو على المساكين؛ لأنها يمين، بخلاف العتق؛ فإنه يقضى به.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من قال: لله على عتق رقيقى هؤلاء، فليف، وإن شاء حبسهم ولا يجبر على عتقهم؛ لأنها عدة جعلها لله تعالى، وإنما يعتقهم الإمام الذى حلف له بعثهم، وأما التدبير والوعد فيؤمر بهما من غير جبر، وقال أشهب فى: «لله على عتق رقيقى»، يؤمر، فإن لم يفعل قضى عليه.

وإن قال: أنا أفعل، ترك وذاك، فإن مات قبل أن يفعل لم يعتقوا فى ثلث ولا غيره. قال أبو إسحاق مكانه عنده، أوجب على نفسه الفعل، كما أوجب هبة لمعين، فإنه يجبر على إنفاذها، ولا يكون الإيجاب عند ابن القاسم إلا بأن يعتق، وأما «لله على» فعدة لا إيجاب، وهو يقول: «لله على أن أصوم غداً»، يجب عليه

(١) فى ط: بين.

(٢) فى ط: المر.

(٣) سقط فى ط.

صيامه، ولا يقضى به عليه.

قال مالك: ومن قال لعبده: «لأعتقنك إن قدمت من سفرى»، فهو وعد، وأرى أن تعتق؛ لما نهى عنه من إخلاف الوعد.

قال محمد: ولا يقضى عليه.

قال سحنون: إن قال: إن بعتك فأنت حر، فباعه بالخيار، لا يحنث حتى يقطع الخيار ويتم البيع.

وقال عبد العزيز بن أبي سلمة: إن قال: إن بعتك فأنت حر، فباعه، لا يعتق؛ لأنه فى ملك الغير إن تحقق الشرط وإلا لم يعتق؛ لعدم تحقق الشرط، ويؤكد قول مالك الوصية، فإن له الرجوع فيها ما دام حيًا، ولا يعتق عليه إلا بعد زوال ملكه بالموت.

ولأن عقد العتق تقدم عقد البيع، فيقدم أثره عليه.

ولأن السبب قد ينقطع عنه أثره لمانع، كما إذا قال: إن ملكته فهو صدقه، أو إن تزوجتها فهي طالق، فإن العصمة والملك يتنافيان؛ لما تقدم التزامه، فإن باع نصفه ولم يستثن المشتري الآن ماله، فنصف مال العبد قد انتزعه البائع ببيعه إياه، كما يكون انتزاعاً لجمعيه إذا باع جميعه، والنصف الثانى باق فى ملك العبد، فإذا عتق عليه النصف الذى لم يبعه بحكم تبع العبد نصف المال الذى بقى على ملكه؛ لأنه لم يطرأ عليه انتزاع قاله أبو عمران.

قال سحنون: إن قال: «إن انتزعت شيئاً من مالك، فأنت حر»، فباعه من عبد مأذون له فى التجارة، فإن العبد [الأعلى يحوز الأسفل]^(١) وجميع مال العبد الأعلى للسيد؛ لأن الحنث إنما وقع بعد البيع، ومال العبد إذا بيع للبائع، ولو لحق البائع دين لا ينقض^(٢) بيعه إذا لم يحاب^(٣)؛ لأنه إذا رد بيع للغرماء، فالبيع لا بد منه، ولأننا إنما نقضنا بيعه لحرمة العتق، وإذا بطل العتق مضى البيع.

قال ابن القاسم: إذا حلف بحرية عبده: «لا باعه»، فباعه وملك الثمن، رد البيع وعتق، ويتبع المبتاع بالثمن؛ لأنه عتق وعنده وفاء الثمن.

(١) فى ط: الأعلأ جوز الأسفل.

(٢) فى ط: تنقض.

(٣) فى ط: يجاب.

وإن كانت أمة فأولدها المبتاع عتقت على البائع، ورد الثمن على المشتري، ويقاصه فيه بقيمة الولد.

قال محمد: لا ثمن على المبتاع فيها؛ لأن البائع حنث فيها حين حملت، فصارت حرة بما في بطنها من يوم استقرت النطفة، وكذلك من اشترى جارية، فحملت واستحقت، فأعتقتها سيدها حاملاً - لا قيمة له في ولدها.

وإن قال لعبده: إن بعتك، فأنت حر بعد البيع بسنة، فباعه، قال محمد: رد بيعه، وعتق عليه إلى سنة، وإن كان البيع والحرية وقعا معاً: فالعتق أولاً، وقيل: لا يلزمه العتق.

قال محمد: ولو كانت أمة فوطئها المشتري، وحملت قبل رد البيع، ولا قيمة عليه للولد، وتعتق على سيدها إلى سنة، كما لو باعه معتقة إلى سنة فأولدها المبتاع.

قال محمد: وإن قال: غلامى حر إن بعته، وغلامك حر إن اشتريته، فباع غلامه بغلامك - عتقا عليه، وعليه قيمة غلامك.

وإن [قال: إن] ^(١) بعت عبدى ميموناً فهو حر، ثم حلف بحرية آخر لبييعن ميموناً، فباع ميموناً، عتق عليه، وبرئ الآخر، كمن حلف: لبييعن فلانا الحر فباعه رد بيعه، وعتق عليه وسائر رقيقه؛ لأنه ههنا حلف على البيع النافذ.

قال ابن القاسم: إن قال: عبدى حر إن بعته، وحلف آخر: أن امرأته طالق ليشترينه، فباعه منه - حنث البائع والمشتري إن كان المشتري عالماً بيمين البائع إذا لم يتم البيع، وهو مخالف لما تقدم.

وعلى ما تقدم: لا يحنث المشتري؛ لأنه قد اشتراه الشراء الذى يرجعه إلى حرية، وإن لم يعلم باليمين حنث اتفاقاً.

وإن حلف بحريته إن باعه، فباعه بيعاً فاسداً حنث، وهو أحوط؛ لأن الضمان فيه من المشتري، وفى بيع الخيار: الضمان من البائع.

قال اللخمي: اختلف فى تعليل: «إن بعتك فأنت حر»: قال محمد: وقع البيع والعتق معاً، فقدم العتق؛ قاله محمد.

(١) سقط فى ط.

وقال^(١) القاضي إسماعيل: بل معناه: فأنت حر قبل البيع.
وقال سحنون: بالإيجاب قبل القبول، وهل يفتقر عتقه إلى حكم؛ لأنه موضع خلاف؟ قولان، والافتقار أجزى بقوة الخلاف.
الثاني: في الكتاب: «كل مملوك لى حر»، تعليقًا أو تنجيذًا يعنى به: القن، والمكاتب، والمدبر، وأم الولد، وكل شقص في مملوك، ويقوم عليه بقيمته إن كان مليًا، وأولاد عبيده من إمائهم، وولدوا^(٢) بعد يمينه أو قبله^(٣)، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم فلا يعتقون؛ لأنهم ملكهم دونه، ويكونون لهم تبعًا.
[و] في التنبيهات: يلزم من هذا: أن الإناث يدخلن في لفظ المماليك، وهو أحد قولى سحنون.

وعنه: يختص بالذكر؛ لأنه يقال: مملوك ومملوكة.
قال ابن يونس: قال محمد: إنما يعتق ما ولد لعبيده بعد اليمين في يمينه: «لأفعلن»، لا في يمين^(٤): «لا فعلت»، وإليه رجح ابن القاسم؛ لأنه في يمينه: «لأفعلن»، على حث حتى يبر، فإذا فاتته البر ولزمه العتق، لزمه ما ولد من إمائهم بعد اليمين؛ لأن الأمهات مرتعنات باليمين، لا يستطيع بيعهن ولا وطأهن، كن حوامل يوم اليمين أو بعده.

وأما: «لا فعلت»، فهو على بر، فإن كن حوامل يوم اليمين دخل الولد وأما بعده فقولان.

وقوله: «كل شرك في عبد»، قال ابن القاسم: معناه: له في كل عبد شرك، أما عبيد بينه وبين رجل فيقتسمون: فما كان للحالف يعتق عليه.

قال ابن يونس: وهذا إنما يجرى على قول ابن المواز، وهو خلاف الكتاب. وقيل: إنما يجرى على قول أشهب في أرض بيد رجلين، يبيع أحدهما طائفة بعينها منها، فإنها تقسم، فإن وقع المبيع في حظ البائع مضى البيع ولا نقض، ومنع ابن القاسم.

(١) في ط: وقاله.

(٢) في ط: ولد.

(٣) في ط: قبل.

(٤) في ط: يميخت.

قال ابن القاسم ههنا: لا يعتق عبيد عبيده.
وفى كتاب الأيمان: حلف لا يركب دابة فلان، فركب دابة عبده، يحنث، فقليل:
اختلاف.
وقيل: الفرق: أن الأيمان يراعى^(١) فيها النيات^(٢)، وهى فى دابة [عبد]^(٣)
المحلولف عليه.

ولا فرق بين: «كل مملوك حر»، ومماليكى أحرار، فيختلف فى اندراج الإناث،
ويندرجن فى قوله: رقيقاً؛ اتفاقاً، وفى: «عبيدى»، لا يعتق إلا الذكور، وإن كان له
إماء حوامل عتق ما أتى به من غلام لأقل من ستة أشهر من يوم قوله، إذا لم يكن
ظاهرًا والزوج مرسل عليها، وإلا عتق ما أتى به لخمس سنين.

قال اللخمي: الصواب: اندراج الإناث فى «عبيدى»؛ لوجهين:
أحدهما: قوله تعالى: ﴿وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ﴾ [فصلت: ٤٦] فاندرج الإناث.
وثانيهما: أنه من جمع التكسير، وهو يشمل الفريقين.
ولم يوجب مالك اندراج عبد العبد ههنا بخلاف إذا حلف: «ما يملك عبدا» أو
لجاريته عبد أنه يحنث؛ لأن مقصود الحلف فى هذا عدم القدرة على التصرف فى
عبد.

الثالث: فى الكتاب: قال لعبد غيره: أنت حر من مالى، لم يعتق عليه، وإن
أجاب سيده للبيع؛ لأنه لم يعلق، والتخير إنما يقع فى المملوك.
أو [قال]^(٤) لأمة غيره: «إن وطئتك فأنت حرة»، فاشتراها، ووطئها، لم تعتق
عليه؛ إلا أن يريد: إن اشتريتك فوطئتك.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن قال: «غلام فلان حر»، فقال فلان: هو لك
بمائة دينار أو بقيمته - لم يلزمه، أو: «هو حر فى مالى بقيمته»، فرضى بذلك
صاحبه - عتق عليه بالقيمة: كبيع فاسد فات بالعتق.

قال ابن القاسم: وإن قال: هو حر فى مالى بخمسين، فقال سيده: رضيت -

(١) فى ط: راعى.

(٢) فى ط: المنت.

(٣) سقط فى ط.

(٤) سقط فى ط.

عتق، ولا خيار للمبتاع، كمن اشترى عبدًا بإيجاب العتق، مثل: «إن وطئتك فأنت حرة»، قوله للحرة: «إن وطئتك فأنت طالق»، لا يلزمه شيء، إلا أن يريد: إن تزوجتك.

وقال أنس: قوله محمول على الشراء والتزويج وإن لم يذكره، لا على الوطء الحرام؛ لأنه خلاف ظاهر المسلم.

وفى المدونة: «إن ضربتها فهي حرة» فى الأمة، أو «طالق» فى الحرة - لا شيء عليه إن اشترى أو تزوج فضرِب، إلا أن يكون فى خطبة أو سوم، فإنه ظاهر فى التعليق على الشراء أو التزويج.

قال محمد: إذا رد بالعيب فحلفت بعتقه: ما به عيب، لا شيء عليك؛ لأنه فى ملك غيرك.

الرابع: فى الكتاب: كل مملوك أو جارية أو عبد اشترته فهو حر، فى غير يمين، أو يمين حنث فيها، لا شيء عليه فيما يشتره، أو كان عنده يوم الحلف، إلا أن يعين أو يجنس^(١) جنسًا أو بلدًا، كقوله: من الجنس^(٢)، أو مصرًا، أو إلى ثلاثين سنة؛ كالطلاق.

وفى التنبيهات: إن خلاص يمينه للاستقبال بحرف استئناف كقولك: أملك، فيما يستقبل، أو غداً أو أبداً، أو أكتسبه، أو أستفيده، أو أشتريه^(٣)، أو يدخل فى ملكى، فلا تتناول المستقبل.

واختلف فى: أملكه؛ لاشتراكه فى الحال والاستقبال، هل يختص بالاستقبال أم لا؟

قال: والعموم أشبه بأصولهم.

واختلف جوابه فى الكتاب: فمرة سوى بينه وبين: «اشترته»، ولم يلزمه فيما يملكه فى الحال، ومثله قوله فيما إذا قال: إن كلمت فلانًا، فكل عبد من الصقالبة حر، لم يلزمه مملوكًا فى الحال، وخالفه فى قوله: إن دخلت الدار فكل مملوك

(١) فى ط: يحبس.

(٢) فى ط: الحبس.

(٣) فى ط: اشترته.

أملكه حر، لا يحنث إلا فيما يملكه يوم الحلف، فقليل: خلاف، قاله سحنون.
وفي الموازية: هو وفاق، وأن مسألة الصقالبة: لم يكن عنده يوم حلف صقلبي،
أو أنه نوى خصوص الاستقبال.

و (ش) وغيره يخالفنا في إسقاط اليمين إذا عمم.
لنا: أنه من الحرج فينفي؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾
[الحج: ٧٨] ومن الضرر فينفي؛ لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»^(١).

احتجوا بأنه لو قال: على لله عشرون حجة، لزمه ذلك مع بعد الدار، وهي أشد
حرجا من عدم خدمة الرقيق وترك الزواج للمشتري.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن قال: إن كلمت فلانًا أبداً، فكل مملوك
أملكه من الصقالبة حر، فكلمه عتق عليه فيما ملكه منهم، وفيما يملكه يوم يمينه إذا
لم تكن له نية، فإن اشتراه بعد يمينه وقبل حنثه، عتق إذا حنث، إلا إن ينوى
ما يملكه بعد الحنث، إن جاء مستفتياً ولم تقم بينة.

قال محمد: إن قال: إن كلمته، فكل مملوك أملكه من الصقالبة أبداً حر، لزمه
في المستقبل دون ما يملكه يوم الحلف؛ لقوله: أبداً، وإن اشتراه له عبده، عتق
عليه؛ لأنه اشتراه بأمره، ولا يدين في هذا إلا أن يكون له نية، وإن أمره بشراء عبد
ولم يقل: صقلبياً^(٢)، فاشتري صقلبياً عالماً بيمينه، فله رد شرائه؛ كما إذا اشترى
له من يعتق عليه. وكذلك إذا حلف بالطلاق من قوم فزوج^(٣) منهم.

قال ابن القاسم: وإن قبله من واهب للثواب عتق عليه حين قبوله، سمي ثواباً أم
لا؛ لأن هبة الثواب بيع، ويلزمه ما سمي من الثواب، فإن لم يسم فعليه قيمته.
أو لغير الثواب، أو تصدق به عليه، أو أوصى له به، أو ورثه - لم يعتق عليه، إلا
أن يريد بالشراء الملك، وإنما يلزمه في ثلاثين سنة إذا أمكن أن يحيا لذلك الأجل،
ولا يلزمه ما ملك قبل ذلك.

وإذا ورث^(٤) بعضه عبد: قال ابن القاسم: لا يقوم عليه نصيب أصحابه؛ لأنه

(١) تقدم.

(٢) في ط: صقلابيا.

(٣) في ط: فزوجه.

(٤) في ط: وردع.

ملك قهرى، وقال أشهب: يقوم عليه؛ لأنه بالحلف عتق عليه، واتفق على التقويم إذا اشترى، فإن اشترى مكاتباً، أو ورث أخاه وهو مكاتب - لم يعتق؛ لأنه^(١) إنما ملك مالاً؛ قاله ابن القاسم، ثم رجع فى الآخر.

وقال سحنون: إذا اشترى كتابة حنث إن عجز المكاتب قبل مضى الأجل، أو بعد الأجل لم يعتق.

وفى العتبية: يعتق؛ لأن أصل شرائه فى السنة، وهذا كله خلاف المدونة.

قال اللخمي: جعل كل عبد أو كل جارية فى المدونة تعميماً.

وقال عبد الملك: كله صنف واحد، فإن قال: كل أمة، ثم قال: كل عبد، لزمه الأول دون الثانى؛ لأنه خلى لنفسه، ومالك يقول: لا يسد^(٢) أحدهما مسد الآخر، بخلاف الثيب والأبكار فى الطلاق، والعادة شاهدة بذلك.

وإذا عمم فى التسرى فقال: كل جارية أشتريها: ففى الموازية: تلزمه؛ لأنه أبقي الزوج.

وقال سحنون: لا يلزمه، وعلى الأول، لا يمتنع ملكهن للخدمة.

الخامس: فى الكتاب: إن دخلت هذه الدار أبداً، فكل مملوك أملكه حر، فدخلها لم يلزمه العتق إلا فيما ملك يوم حلف، وإن لم يكن له يومئذ مملوك فلا شئ عليه، ملكه قبل الحنث أم لا، [قال]^(٣) أشهب إن دخلت هذه الدار، فكل مملوك أملكه أبداً حر، فدخلها لم يقض عليه فيما يملكه الآن؛ لأن قرينة الأبد، تخلصه^(٤) للاستقبال، كما لو قال: كل مملوك أملكه أبداً حر، وكل امرأة أتزوجها أبداً طالق.

السادس: فى الكتاب: إذا باع العبد أوباعه عليه الإمام فى فلس، ثم كلمه المحلوف عليه، ثم ابتاع العبد لم يحنث بذلك الكلام، بل بكلام بعد شرائه؛ لعدم مصادقة الأول محلاً يقبل العتق، وإن ورثه لم يحنث مطلقاً؛ لأنه ملك قهرى.

وقال غيره: شراؤه بعد بيع الحاكم كال ميراث؛ لارتفاع التهمة فى البيع قهرًا، وإن

(١) فى ط: إنه.

(٢) فى ط: لسد.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: تحاصله.

قبله بهبة أو صدقة فكالشراء، وإن كاتبه ثم كلمه عتق عليه؛ لأن الكتابة لا تمنع، فإن كاتبه مع غيره كتابة واحدة، لم يعتق إلا برضا صاحبه، كما لو ابتدأ عتقه، وإن اشتراه من تركه موروثه وهو قدر ميراثه فأقل أو أكثر؛ عتق عليه كله؛ لتحقيق الشراء الاختياري.

وإن حلف بعتق شقص له فاشتري باقيه، ثم حنث، عتق عليه، ولو حنث قبل الشراء عتق شقصه، وقوم عليه باقيه مع المال، وعتق عليه، وإن باع شقصه من غير شريكه، ثم اشترى شقص شريكه، ثم فعل ذلك، لم يحنث، وهو كعبد آخر. قال عبد الحق: قال ابن بكير: إذا باع عبده المحلوف بطلاقها ثلاثاً بجامع زوال الملك.

والفرق: أن الطلاق المحلوف به وقع في الزوجة مثله، ولم يقع مثل الحرية المحلوف بها في العبد.

ولو أعتقه المشتري والعبد نصراني، فذهب لأرض الحرب، ثم ملك سيده لم تعد اليمين لعقد التهمة، فهذا شبه المسألة، لا ما قاله ابن بكير، بل بيع العبد يتكرر، فهو كطلاق المرأة واحدة أو اثنتين، فإن الطلاق يمكن عوده وتعود اليمين. قال محمد: إذا حلف بشقص عبده، ثم اشترى بقيته فحنث، عتق عليه شقصه بالحنث، ولا يعتق عليه الشقص الآخر بالحكم؛ لأنه من باب من أعتق شركاً له في عبد.

قال محمد: وإنما يصح قول ابن القاسم بعدم الحنث إذا باع شقصه، ثم اشترى شريكه؛ إذا باع من غير الشريك، وأما إذا اشترى نصيب شريكه قبل بيع نصيبه، ثم باع نصيبه من غيره ثم حنث، عتق عليه ما بيده، وقوم عليه باقيه؛ لأن الذي باع بعد ملك جميعه مشاع لا يتميز كما كان أولاً.

وعن ابن القاسم: إذا باع نصيبه من شريكه بدنانير، ثم اشترى نصيب شريكه أو بادل نصيبه بنصيبه، حنث.

وعن أصبغ: إذا باع شقصه بشقص شريكه ثم حنث، فلا يلزمه عتق.

قال ابن يونس: قال بعض كبار أصحاب مالك: إن شراؤه بعد بيع السلطان كميراثه، وابن القاسم يرى أنه قد يخفى ماله ويظهر العدم لبيع عليه، ثم يرتجعه، قال محمد: ولو باعه الإمام عليه بعد الحنث، ثم اشتراه، زالت عنه اليمين، وقاله

مالك وأصحابه إلا أشهب؛ لأنها قضية ترد العتق.

وقال أشهب: قبل وبعد يزيل اليمين لرفع التهمة، ونقض ذلك بقوله: المولى عليه البالغ حنث لم يعتق عبده، ثم يرد ذلك بوصية فيبقى بيده حتى يرشد، أنه يسترقه، ولو كان إنما فيه عقد يمين، فإن يمينه تلزمه، يريد: إن اشراه بعد أن باعه عليه وليه.

قال أبو عمران: إذا قال: إن اشتريته فهو حر، فجنى على الحالف، فأسلم إليه، فذلك كالميراث.

قيل له: فإنه يقدر على ترك الجنابة ولا يأخذه.

قال: وكذلك يقدر على ترك الميراث.

وقال: إذا زوج أمته، فباعها الإمام في فلسه قبل دخول الزوج: فعن ابن القاسم: نصف الصداق للبائع، بخلاف بيعه هو بنفسه.

وعنه: لا شيء عليه، وإن حلف بحرية عبده: إن كلم فلاناً فحنث فرد غرامؤه عتقه ويبيع عليه، ثم ابتاعه بعد ذلك، أو تصدق به عليه - قال ابن القاسم: تعود عليه اليمين ويحنث إن كلمه، بخلاف الرجوع بميراث.

قال: وهو مشكل؛ لأن الحنث لا يتكرر، وقد حنث أولاً.

[و] ^(١) الحق أنه لا يعود إلا أن يريد أن الغرماء ردوا عتقه وباعوه من غير رفع لحاكم.

والفرق: أن بيع الغرماء يحتمل أنه أخفى ماله، والحاكم يكشف عن ذلك ويحلفه بعد الكشف، ولا ينقض حكمه، بخلاف الغرماء [زفى الف] ^(٢). وقال ابن القاسم: إن حلف بحريته ^(٣) فباعه، ثم حنث فرد بيعه، عتق؛ لأنه نقض للبيع، بخلاف لو اشتراه، ولو دفع قيمة العبد لم يحنث، وكذلك لو قال له: اذهب فبعه فما نقص من ثمنه فعلى، وإن حلفت بحرية جاريته إن تزوجت فلاناً فباعتها وتزوجت، ثم اشترتها، حنث، واستثقل مالك شراءها.

قال ابن القاسم: لا بأس به عندي.

(١) سقط في ط.

(٢) كذا في ط.

(٣) في ط: بحرية.

قال محمد: إنما استثقله قبل البناء، أما بعده فلا.
قال: ووجه الحنث وإن كان الزواج مما لا يتكرر: أنه كره مقارنة تلك الزوجة، والمقارنة تتكرر.

قال محمد: إن وهب^(١) المحلوف بحريته لولده الصغير الذي في ولايته، أو وهبه لامرأته لا ينفعه ذلك؛ للقدرة على الرد.

وعن ابن القاسم: تنفعه الصدقة المحوزة عنه، بخلاف أن يبينها بنفسه أو يجعل من يحوزها.

وعن ابن القاسم: إن حلف بحريته إن باعه، فتصدق به على ابنه في حجره فباعه له في مصالحه - يعتق عليه، ويغرم القيمة بابنه.

قال اللخمي: إذا اشتراه، وهو ممن يتهم بمواطأة المشتري عادت اليمين، وإن كان من أهل الدين، أو تداولته الأملاك لم تعد.

السابع: في الكتاب: «إن كلمت فلاناً - أو يوم أكلمه - فكل مملوك لى حر»، ثم كلمه - عتق عليه ما عنده من عبيده يوم حلف، دون ما يشتريه بعد يمينه؛ لأنه إنما التزم ما هو ملك له يوم الحلف، فإن لم يكن عنده يوم حلف عبد: فلا شيء عليه، وكذلك الطلاق والصدقة.

الثامن: في الكتاب: إن فعلت ولا فعلت على بر، لا يحنث إلا بالفعل، ولا يمنع من بيع ولا وطء، وإن مات لم يلزمه ولا ورثته شيء.

وإن لم أفعل، ولأفعلن على حنث، يمنع من البيع والوطء دون الخدمة، وإن مات قبل الفعل عتق الرقيق في الثلث؛ لأنه حنث وقع بعد الموت؛ لأن الحنث لما كان بالفعل دل على تقدم البر، وحصول البر بالفعل يدل على تقدم الحنث، فهذا من الفرق بين الصنيعين^(٢).

قال ابن يونس: قال ابن كنانة: لا يطاق إن كان مما يمكن الحنث فيه حالة الحياة كضرب العبد، ولم يضرب أجلاً؛ لاحتمال موته حالة الحياة، بخلاف: لا يسافرن، فإنه لا يحنث إلا بالموت، فله الوطاء؛ لأنها كالمذبذبة لا تعتق إلا بالموت، [وسؤال

(١) في ط: ذهب.

(٢) في ط: الصنيع.

أصبغ^(١)، وخالف ابن كنانة.

قال ابن القاسم: وما ولد للأمة دخل في اليمين، وإن ضرب أجلاً، فله الوطء؛ لأنه على بر، [وله وطء إماء]^(٢) الأم وأم البنت، ولا يتبع واحدة منهما، وإن حنث بعد الأجل عتقت وابتنها، وإن مات قبل الأجل، لم يحنث بالموت؛ لأنه على رب الأجل، وإن فلس قبل الفعل بيعت في الدين، تقدم يمينه أم لا، بخلاف المدبرة؛ لقدوته على البر، ويرتفع العتق، وعجزه عن رفع التدبير.

قال ابن القاسم: والحالف: «إن فعلت» له البيع والوطء، فإن حنث وعنده الأم عتقت، واختلف قول مالك فيما ولدها بعد اليمين: هل يدخل أم لا، ورجح ابن القاسم الدخول، ولم يعب القول الآخر، ورجع إلى عدم الدخول، وإن حلف بحريته: لا عفا عن فلان، لم ينفعه بيعه ثم يعفو؛ لأن معنى يمينه: لا عاقبته؛ قاله أشهب.

التاسع: في الكتاب: إن لم تفعل كذا فأنت حرة، أو طالق، وإن لم يفعل فلان، فعبدي حرٌّ أو امرأتى طالق - منع البيع والوطء، ولا يضرب لامرأته أجل الإيلاء، بل يتلوم له بقدر ما يرى أنه رآه^(٣) من الأجل في تأخير ما حلف عليه، ويوقف لذلك المرأة والأمة والأجنبي، فإن لم يفعلوا عتق عليه وطلق، إلا أن يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره، فله إكراهها وبر، ولو مات في التلوم مات على حنثه، وعتقت الأمة في الثلث، وترث الزوجة.

وقال أشهب: لا يعتق بموته في التلوم، كموته في أجل ضربه لنفسه، ويضرب له أجل الإيلاء في: «ليفعلن»، ويتوارثان قبل البر؛ لأنه لا يطلق ميت، ولا يوصى ميت بطلاق.

العاشر: في الكتاب: الحالف بعته: ليضربه ضرباً، يباح له البر، وإلا عتق عليه مكانه، لأن الامتناع الشرعي كالمنع الحسي، وليضربه مائة سوط، لا يبيعه حتى ينظر: أبيعته أم لا؟ وفي ألف سوط يعجل عتقه ويمنع في الضرب المباح حتى يفعل؛ لأنه على حنث، وإن باع نقض البيع، وإن لم يضربه حتى مات عتق من ثلثه؛

(١) في ط: وسؤال صمع.

(٢) في ط: وطب إمات.

(٣) في ط: أراه.

لأن تأخير البر إلى الموت يدل على إرادته العتق بعد الموت، والعتق بعد الموت من الثلث.

ولأن عتق المريض في الثلث، وهو قبل الموت، فأولى هذا، ولشبهه بالتدبير. قال ابن دينار: ينقض البيع، ويضيق عليه، ولا تنقض صفقة مسلم إلا لعتق ناجز، وإن حلف بعثتها: ليفعلن إلى أجل، منع من البيع دون الوطء ويرد البيع، وإن رضيت به؛ لأن العتق حق لله تعالى، وعن مالك يمنع من الوطء كالبيع؛ لزلزلة الملك بالحلف، فإذا انقضى الأجل ولم يقع المحلوف عليه، عتقت، إلا أن يكون عليه دين، فهو كالمديان إذا عتق، وإن مات في الأجل، لم يعتق بموته؛ لأنه على بر.

قال ابن يونس: يصدق في أنه أراد إكراه الأمة. وقوله: «عتق مكانه»، قال سحنون: بقضاء^(١) الإمام. قال ابن القاسي: إنما يمكن في الضرب الجائر إذا كان قد أجرم، وأما بغير جنابة فلا؛ لأن أذيته حرام مطلقاً إلا بسبب. وقال أبو عمران: يمكن من يسير الضرب. قال: وهو ظاهر الكتاب.

قال عبد الملك: ليضربنه مائة سوط، فقد أساء ويترك، وأباه، وأكثر من ذلك مما فيه نقد، تعجل عتقه فإن فعل قبل ذلك لم يعتق، إلا أن يلحقه أمر فظيع قد أشرف منه على الهلاك، فتعين عليه.

وقال أصبغ: المائة تعد ويعجل عتقه، قال ابن القاسم: وليضربنه ثلاثمائة سوط، ففعل فأنهكه، لا يعتق عليه إلى أن يبلغ منه مثلة شديدة، مثل ذهاب لحم، وتأكله حتى يبقى جلد على عظم، فيعتقه، مثل قطع عضو، وإن حلف على ضرب يجوز، فضرِب بعد أن كاتبه بر.

وعن مالك: لا يبر، ويمضى على كتابتها، ويوقف ما يؤدي، فإن عتقت بالأداء، ثم فيها بالحنث، وأخذت ما أدت، وإن عجزت ضربها إن شاء. قال ابن الكاتب: كيف يرد ما أخذ والعبد إنما عتق الآن؟ وخراج العبد لا يرد،

(١) في ط: يقضى.

ولأنه يعتق في الثلث إن تأخر البر؛ يدل على أنه قبل ذلك رقيق.

ولأن المستحق من يده لا يرد الخراج، فهذا أولى.

وجوابه: أن المكاتب مشروط له ألا ينتزع ماله، والمستحق وغيره لم يحز ماله، فإن مات السيد ولم يؤد الكتابة وبينه محلها عتقت عليه، ويسقط عنها باقى الكتابة، وكان ما وقف ردًا عليها، وإن كان عليه دين محيط بماله، مضت على الكتابة، وللغرماء النجوم، فإن ردت عتقت، وإن عجزت، فهي وما أخذ منهما في الدين.

قال عبد الملك: وإن حلف بحرية أمته ليضربها مائة سوط، فحملت، لا يضربها وهي حامل، ويمنعه السلطان، ويعتقها عليه، فإن ضربها قبل أن تضع، بر في يمينه، وإن حلف ليضربها فباعها قبل الضرب ثم ضربها - قال أشهب: بر، وإن نقصها ضربها غرم النقصان، وإن حملت من المبتاع لم يبر بضربها، ويلزمه العتق؛ لفواتها بالحمل، ويرجع المشتري بالثمن، ولا يحاسب بقيمة الولد؛ قاله مالك، فإن لم يصدقه المشتري ولا شهدت بينه فهي له أم ولد، ويتنظر البائع بالثمن تصديق المبتاع، فإن أفلس جعل ثمنها في رقبة يعتقها.

قال ابن القاسم: حملها فوت، وهي أم ولد للمبتاع، صدقه في يمينه أو قامت به بينة، ولا تعتق، وهي كالمدبرة تباع، فتفوت بالحمل، وهذا إن لم توقت لفعله أجلاً، وإن لم تحمل فلا يبر بضربها عند المبتاع حتى ترد فيضربها في ملكه، بخلاف قضاء الدين، وهي عند المبتاع، وكذلك إن ضرب أجلاً، فقضاء قبل الأجل، وهي عند المبتاع - لبر؛ قاله عبد الملك.

قال أصبغ: إن ضرب لضربها أجلاً، فباعها قبله، فأولدها المشتري، عتقت على البائع بغير قيمة ولدها، فإن لم يضرب أجلاً: قال أشهب كما تقدم.

وقيل: إنها كالمدبرة تحمل من مشتريها فتمضى أم ولد؛ فيتحصل من الخلاف: أنه إن باعها قبل الضرب: قيل: ينقض البيع ويضربها.

وقيل: ينقض، وتعتق عليه، وإن لم ينقض البيع حتى يضربها عند المبتاع: ففي البر قولان، وإن كاتبها قبل الضرب: قيل: يبر بضربها في الكتابة.

وقيل: حتى يضربها بعد العجز.

وإن أحبلها قيل: يبر بضربها حاملاً، وعلى قول أشهب: لا يبر في الكتابة، ويعجل عليه عتقها، وقد أحبلها المبتاع؛ لأنه يضربها ويعتق إن صدق المبتاع في

يمينه، أو قامت بيته، ورد إلى هذا ثمنه.

وقيل: بل ذلك فوت، وتكون لهذا أم ولد.

قال اللخمي: إنما جاز الضرب اليسير؛ لأن العبد لا يخلو من التقصير، وإن جنى، أجاز له الضرب بقدر جنايته وزيادة سيرة، ويمنع من الزيادة الكثيرة، وإن لم يجن ويمينه يفوت^(١) ملكه لم يمكن من ضربه وإن قل، وإن مكن من اليسير، وإن ضرب أجلاً، وقال بعده: ضربته، صدق السيد مع يمينه؛ لأن الأصل: بقاء ملكه؛ قاله مالك.

وليس عليه إحضار شهود في هذا، وكذلك إن حلف الزوج ليضربن المرأة، فإن مات السيد قبل أن يذكر أنه ضربها - لأن الأصل: عدم الضرب - تراث المرأة زوجها، قال محمد لا يعجبني قوله: من الثلث؛ لأنه ضرب أجلاً، فإن مات قبله؛ لم يكن عليه شيء، أو عتق من رأس المال، إلى أن يمرض قبل انقضائه.

الحادي عشر: في الكتاب: إن أعتق إلى أجل لا بد منه، منع من البيع والوطء، ويتنفع بغير ذلك؛ لأن الوطء إلى أجل معلوم يشبه نكاح المتعة: كالشهر، وموت فلان، أو إذا حضت، ولا يلحقه دين، وإن مات السيد عتق من رأس المال بعد خدمة الورثة بقية الأجل.

وإن قال: إن حملت فأنت حرة، فله وطؤها كل طهر مرة.

قال يحيى بن سعيد وغيره: لا يطأ التي وهب خدمتها إلى أجل.

قال ابن يونس: قال محمد: إن أعتق أم ولده إلى أجل، تعجل عتقها؛ لأنه لم يبق فيها غير الوطء وقد حرم.

قال مالك في أمته: إن قال: هي حرة بعد سبعين سنة: إن رأى الإمام بيعها معجلاً فعل.

قال عبد الملك: إن كان أجلاً يتجاوز عمرها يبعث، كأنه أعتقها بعد موته.

قال عبد الملك: هي كالمدبرة إذا كان الأجل لا يبلغه عمره ولا عمرها [تعتق من] ^(٢) الثلث.

(١) في ط: يفور.

(٢) في ط: يعتق في.

وإن قال ذلك في الصحة، فله وطؤها دون بيعها كالمدبرة.
وفي العتية: اعمل^(١) على هذه الدابة، فإذا ماتت فأنت حر، فماتت قبل السيد
عتق من رأس المال، وإن مات السيد قبل الدابة، عتق من الثلث، كالقائل: اخدم
فلانًا ما عشت أنا، فإن مات قبلي فأنت حر، أو مت قبله فأنت حر إلى موته،
فمات، قيل: هو عتيق من الثلث.

قال أصبغ: ليس نظيره؛ لأن ذلك استثناء قيد بعضه ببعض، فاعتبر ثنياء، وهذا
أعتق إلى أجل، ولا فرق بين موت إنسان أو دابة، يعتق من رأس المال عاش السيد
أو مات.

قال ابن القاسم: وللورثة بيع الدابة بموضع لا يغاب عليها، فإن قتل العبد الدابة
خطأ تعجل عتقه، أو عمدًا أخدم إلى مقدار ما يرى أنه عمر الدابة، وكذلك إن بيعت
وغيب عليها، وإن قتلها أجنبي عمدًا أو خطأ عتق.

قال سحنون: فإن حملها الغلام فوق طاقتها فماتت، أو قتلها عمدًا عتق مكانه
كأم الولد تقتل سيدها فيعفى عنها، فإنها تعتق، وليس على العبد قيمة الدابة على
قول سحنون.

وعلى قول ابن القاسم في المدبر والمعتق إلى أجل يجنى على سيده، يخدمه في
ذلك.

وإن قال: أنت حر قبل موتى بشهر، قيل، يوقف له خراج شهر، فكلما زاد عليه
يومًا أطلق للسيد مثله، فإن وافق الشهر مرضه الذي مات فيه فهو من الثلث، أو
صحته فهو من رأس المال.

قال ابن القاسم: إن كان السيد مليًا أسلم إليه بخدمته^(٢)، فإن مات وحل الأجل
وهو صحيح، فمن رأس ماله، ورجع بكراء خدمته، أو مريض فمن ثلثه، ويحلفه
الدين، ولا رجوع له بخدمة الشهر.

قال ابن يونس: بخلاف من حلف بحريته: ليفعلن وإن لم يفعل إلى أجل، فله
الوطء؛ لقدرته على [حل الأجل بالفعل]^(٣)، ففارق نكاح المتعة، ويرد البيع حيث

(١) في ط: عمل.

(٢) في ط: يخدمه.

(٣) في ط: حل بالفعل.

منع، فلو لم يرد حتى مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه لم يرد البيع؛ لأنه بمضى الأجل حنث، وليست في ملكه، والرد إنما هو لما يتوقع من البر والحنث. وعن مالك: المنع من الوطاء كالبيع، ولو مات في الأجل لم يعتق، لأنه على بر.

الثاني عشر: في الكتاب: أحد عبيدي حر^(١) ولم يبين معيّنًا، خير فيهم، بخلاف الطلاق، وقد تقدم تقريره في الطلاق سؤالًا وجوابًا. وكذلك: واحد^(٢) منهم في السبيل أو المساكين، يخير فيهم، وإن نوى معيّنًا صدق في نيته بغير يمين، ولو فسر وهو مريض، يعتق من رأس المال؛ لتقدم التصرف في الصحة، إلا^(٣) أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر، فالفضل من الثلث إن فسر في المرض؛ لاختصاص هذا الأمر بالمرض. وقال غيره: بل من رأس المال؛ نظرًا لوقت التصرف.

قال ابن يونس: قال محمد: إن شهد عليه، فأنكر قضى عليه، فإن أبى أعتق عليه أدهم؛ لأن الأصل: بقاء ملكه، وكذلك ورثته بعد موته، فإن كان في الشهادة أنه أراد أحدهما ونسيه، حكم بعتهما معًا عليه وعلى ورثته إن قال ذلك في صحته. وعن ابن القاسم: إن قال: أحدهم حر، وشهد عليه وهو ينكر، عتقوا عليه، كالطلاق.

وإن قال: غلامي حر أو امرأتى، خير فيهما، وإن مرض، فإن اختار العتق فمن الثلث، أو الطلاق ورثته امرأته.

وإذا قال: أحدهما حر: قال سحنون يصدق مع يمينه نفيًا للثمة، فإن نكل عتقا عليه، هذا بإقراره، وهذا بنكوله، وإن قال: لم أنو شيئًا حلف على ذلك، واختار أيهما^(٤) شاء.

وإن قال: نويت ونسيت عتقا عليه، وإذا فسر في المرض وكانت الزيادة من^(٥)

(١) في ط: أحد أحرار.

(٢) في ط: واس.

(٣) في ط: أى.

(٤) في ط: أيها.

(٥) في ط: فى.

الثالث، وهي^(١) مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التي فرط فيها. ويحتمل التبذرة على التدبير في الصحة؛ لأنه أمر عقده في الصحة. ويحتمل تقديم التدبير لوقوعه.

فعلى التفسير في هذه الزيادة، فإن لم يختر^(٢) حتى مات: قال ابن القاسم: يختار ورثته؛ لأنه حق مالى كان لموروثهم، وعنه: يقرع بينهم كالعتق في المرض، فإن كانوا ثلاثة عتق ثلث قيمتهم، وعنه: يعتق أثلاثهم، ويشرع العتق في جميعهم؛ لعدم المرجح.

وعن مالك: يعتق ثلثهم بالسهم، وإن كانوا أربعة فربيعهم. قال محمد: يختار الورثة كقول ابن القاسم، فإن اختلفوا فقول مالك. وعن ابن القاسم: إن اختلفوا عتق الأدنى، وإن قال في مرضه: أحدهما حر فمات، عتق نصف قيمتهما^(٣) بالسهم إن حمله الثلث، فإن استوت القيمة، عتق من أخرجه السهم، أو أخرج السهم الكثير القيمة، عتق منه مبلع نصف قيمتهما، أو السهم القليل، عتق كله، وعتق من الآخر تمام نصف قيمتهما؛ قاله مالك وأصحابه إلا المغيرة.

قال سحنون: وكذلك الحكم إن قال في مرضه: زيد حر، وله عبدان، أسهما زيد، ثم مات.

قال المغيرة: يعتق نصف كل واحد منهما إن [حمل ذلك]^(٤) الثلث، وإلا فيقدم ما حمل.

قال عبد الملك: إن قال عند موته: أحدهما حر، عتق نصف قيمتهما^(٥) بالسهم، وإن قال: زيد أو عمرو: عتق جميع أحدهما بالسهم، كان أكثر من نصف قيمتهما أو أقل؛ لأن هذين معرفتان، والأول نكرة، وكذلك إن قال: أسهموا بين عبيدى فالخارج أعتقوه^(٦).

(١) فى ط: فهى.

(٢) فى ط: يخير.

(٣) فى ط: قيمتها.

(٤) فى ط: حمله كذلك.

(٥) فى ط: قيمتها.

(٦) فى ط: عتقوه.

وإن قال: أحدكما حر، فلم يختَر حتى مات أحدهما، عتق الباقي، وكذلك إن لم يختَر الوارث حتى مات أحدهما، فالباقي حر من رأس المال، فإن مات أحدهما ثم قتل الآخر عمدًا، قتل قاتله، حرًا كان أو عبدًا، وفي الخطأ دية على عاقلة الحر، وإن قتل أحدهما عتق الباقي.

وإن لم يختَر حتى جنى أحدهما فله الاختيار، فإن اختار الجاني فليس له ذلك إلا أن يحمل عنه^(١) الجناية، [أو اختار]^(٢) الآخر، فله فداء الجاني وإسلامه، فإن مات الجاني قبل الخيار فالثاني حر بغير عتق مؤتلف، ويورث الآخر مكانه، أو مات غير الجاني عتق الجاني واتبع بالجناية؛ لتنفيذ عتق معقود قبل الجناية، كالمدير يجنى ثم يموت السيد، والثالث يحمله.

قال سحنون: إذا قال: أحدكما حر، فلم يختَر حتى مات أحدهما أو استحق بحرية، عتق الآخر.

وعنه: إن مات أحدهما أو مرض السيد، وعليه في الصحة بينة بذلك، يسأل وقال: أردت الميت، حلف، ولأعتق الحي، أو أردت الحي عتق من رأس ماله بعد يمينه، أو قال لم أرد معيّنًا، عتق الحي من رأس المال. وإن أقر بهذا في مرضه أنه قاله في صحته، فلا يعتق الحي من ثلث ولا غيره، أو قاله في الصحة، فلم يختَر حتى قتلا جميعًا: فعلى القاتل قيمة عبد ودية حر، أو قتل واحد فالباقي حر، أو قطعت يد أحدهما ومات الآخر، ففي اليد دية حر؛ لأن موت صاحبه صيره حرًا، ولا تقطع يد الجاني وإن تعمد.

قال أشهب: إذا استحق أحدهما بحرية أصلية، لا شيء في الباقي.

قال محمد: ولو قال لعبده ملحد أحدكما حر، فلا شيء عليه أصدق العبارة بذلك الحر في المسألتين.

وفي الموازية: قال في صحته لمبارك وميمون: أحدكما حر، وقال لميمون وزيد: أحدكما حر، فإن اختار عتق الذي وقع له القول مرتين، وهو ميمون، [و]^(٣) رق الباقيان، أو اختار رقه، عتق الباقيان، وإن مات ميمون قبل الاختيار يعتق الأول

(١) في ط: عند.

(٢) في ط: و.

(٣) سقط في ط.

والثالث؛ لأنه كان قريبًا لكل واحد منهما، وامتنع الخيار لموته.
 وإن اختار مباركًا أو زيدًا فلا بد من اختيار عتق [أحد]^(١) الباقيين.
 قال ابن القاسم: فإن مات قبل أن يختار [يختار]^(٢) ورثته؛ لأنه من عتق الصحة.
 وقيل: يقرع بينهم، فإن خرج ميمون رق الباقيان، أو خرج^(٣) زيد أقرع بين
 الآخر وبين ميمون، ومن خرج أعتق، والعتق في ذلك من رأس المال.
 قال سحنون: إذا قال لمكاتبه وعبده: أحكما حر، يسأل: من أراد بعد يمينه؟
 وقيل: لا حلف^(٤).

وإن قال: لم أرد معينًا، عتق من شاء منهما، وحلف، فإن لم يسأل حتى أدبت^(٥)
 الكتابة، وقال: أردت المكاتب رد عليه ما أخذ منه من يوم أعتقه.
 وإن قال: لم أعتق، عتق القن كما إذا استحق أحدهما بحرية أو موت.
 قال سحنون: وإن قال في صحته لمديره وعبده: أحكما حر، سئل، فإن أراد
 هذا، حلف وصدق، وإن لم يعين اختاره، وإن مات قبل أن يسأل، وحمل المدير
 الثلث، عتقا جميعًا، هذا من الثلث فيما ترك سوى القن، والآخر من رأس المال،
 كما إذا استحق أحدهما بحرية، فإن لم يحمله عتق منه ما حمل، وخير الورثة بين
 عتق باقي المدير وعتق القن.

قال محمد: فإن قال ذلك عند موته، أو في وصيته أسهم على نصف قيمتهما،
 فإن خرج المدير عتق، وإن بقي من نصف قيمتهما شيء جعل في الباقي إن حمله
 الثلث، وإن خرج القن، برئ المدير، ثم عتق القن إن حمله الثلث، إلا أن تكون
 قيمته أكثر من نصف قيمتهما فيعتق منه قدر نصف قيمتهما في الثلث، وإن كان
 المدير قدر الثلث عتق كله، وبطلت الوصية.

قال سحنون: وإن قال في صحته لأم ولده وأمه [إحداكما حرة] يخير، وحلف
 كالمديرة والمكاتب، وإن مات، عتقتا من رأس المال؛ كاستحقاق إحداهما بحرية أو

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: أحدهما.

(٤) في ط: خلف.

(٥) في ط: ودبت.

فى مرضه، ثم مات عتقت أم الولد من رأس المال: والأمة من الثلث: أو ما حملة. وإن قال: أقرعوا بينهما، فمن خرج فأعتقوه، أقرع: فإن خرجت أم الولد، رقت الأمة، أو الأمة، عتقت من الثلث، وأم الولد من رأس المال. وإن قاله لعبدین أحدهما موصى بعته فهما كالمدير والقن أحدهما قن والآخر موصى به لرجل، ما لم يمت فى هذا، فلورثته الخيار: فإن أعتقوا الموصى بعته فمن رأس المال، وبطلت الوصية، أو الآخر عتق من رأس المال، وبقيت الوصية، وإن قاله فى مرضه، ثم مات، نظر إلى نصف قيمتهما وأسهم بينهما، فعتق من خرج فى نصف قيمتهما إن حملة الثلث.

فإن اجتمعت مكاتبه، ومديرة، وأم ولد، ومعتقة إلى أجل، وأمة، وقاله فى صحته، خير فيهن، ويحلف، فإن مات عتقت أم الولد من رأس المال^(١)، ردت المكاتبه وحل أجل المعتقة، فلتعتق الأمة من رأس المال، كما لو، قال للخمى: فى الطلاق و [فى]^(٢) العتاق عند عدم النية، ثلاثة أقوال: يخير فيما يعم الطلاق والعتاق، يخير فى العتق دون الطلاق.

الثالث عشر: فى الكتاب: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرة، فدخلت إحداهما، عتقت؛ لأن جزء الشرط كجزء المحلوف عليه، والحنث عندنا يقع بالجزء كما تقدم فى الأيمان، وإن قال لأمتيه أو زوجتيه: إن دخلتما هذه الدار فأنتما حرتان، أو طالقتان، فدخلت واحدة منهما، فلا شيء عليه حتى يدخلها جميعا. قال أشهب: تعتق الداخلة فقط.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: يحنث فيهما بدخول إحداهما؛ لأنه حد المحلوف عليه.

قال: ووجه قوله الأول: أنه كره اجتماعهما فيها لوجه ما، وعلى هذا وقعت يمينه فلا يحنث بإحداهما؛ لعدم الاجتماع.

ورأى أشهب: أنه حلف على كل واحدة^(٣) منهما فلم يتحقق الشرط لا فى إحداهما، كأنه قال: كل من دخلت فهى حرة.

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: واحد.

الرابع عشر: فى الكتاب: قال لعبده و امرأته: إن كنت دخلت الدار فأنت حر، أو طالق، فقالا: دخلنا، أو «إن دخلت»، فقالا^(١): دخلنا، أو لم يقر، أو لم يعلم صدقهما، أو قال لعبده: إن كنت تبغضنى فأنت حر، فقال: أنا أحبك، أو^(٢) إن كنت تحبى فقال^(٣): أبغضك، أو سألهما عن خبر، وقال: إن كتمتنى، أو إن لم تصدقنى فقال: صدقتك وهو لم يدر، أمر فى ذلك كله بالعتق، والطلاق، وجميع ما يلزمه من غير قضاء؛ لأنه شاك فى البر والحنث.

قال ابن يونس: إن صدقهما فى الحنث، لزمه بالقضاء، وإن رجعت عن إقرارها. الخامس عشر: فى الكتاب: إن قال لأمته وامرأته: ادخلى الدار، يريد: العتق، أو الطلاق، لزمه، وإن أراد أن يقول: أنت طالق أو حرة فقال: ادخلى الدار، لم يلزمه شيء حتى ينويه بذلك اللفظ قبل أن يتكلم به؛ لأن الكلام النفسانى لا بد معه من اللسانى.

وإن قال لأمته: أنت برية، أو تبلة^(٤)، أو بائن، أو بثة، أو كلى، أو اشربى، يريد: الحرية - عتقت، وإن قال، كذلك فى العتق للجارية: اذهبى، وقال: أردت العتق، صدق؛ لأنه من كنايات العتق.

قال اللخمى: قال أشهب: إذا أراد بقوله: ادخلى الدار: العتق، أو الطلاق، لا يلزمه، وقد تقدم تقريره.

السادس عشر: فى الكتاب: «يدك حر»، عتق عليه جميعه فى القضاء والفتيا، و«اليوم» عتق أبداً؛ لأن العتق لا يتبعض ولا يوقت و «حر فى هذا اليوم من هذا العمل»، وقال: أردت عتقه من العمل دون الرق، صدق مع يمينه، أو استحسّن عمله فقال: «ما أنت إلا حر»، ولم يرد العتق: لا يعتق فى القضاء ولا فى الفتيا؛ للقرينة وإن مر عليه عاشر^(٥) فقال: هو حر، ولم يرد العتق، فلا شيء عليه فى القضاء ولا فى الفتيا إن علم أن السيد أراد دفع الظلم.

(١) فى ط: فقال.

(٢) فى ط: و.

(٣) فى ط: فقل.

(٤) فى ط: حية.

(٥) العاشر: الذى يقوم بأخذ العشر.

قال ابن يونس: قال سحنون: إن قيل له: عبدك يزعم أنه حر، فقال: هو صادق، فسأل العبد فقال: نعم أنا حر، فقال السيد: ظننت أنه يقول الحق - فلا حرية له، كمن رضى بشهادة رجل، فله منكرته.

قال ابن القاسم: إن سئل عن عبده، فقال: ما له رب إلا الله، أو قيل له: ألك هو؟ فقال: ما هو لى، فلا شىء عليه، ويحلف.

قال: وإن شتم عبد حرًا فشكاه لسيده، فقال: هو حر مثلك، فهو حر؛ لأن المقصود التسوية فى الحكم، ولن يستوى إلّا بالحرية.

قال سحنون: وإن قال: تصدقت عليك بخراجك، أو عملك، أو خدمتك ما عشت: أنه عتق مكانه؛ لأن هذه صفة الحر، ولو قال: تصدقت عليك بخراجك، وأنت من بعدى حر، فهو كأم الولد، ولو قال: تصدقت عليك بخراجك، أو عملك، ولم يزد على هذا: عتق مكانه؛ قاله ابن القاسم. قال مالك: وإن قال: تصدقت عليك بعثتك، عتق، وإن وهبه نصفه عتق كله، وولاؤه لسيده، وكذلك إن أخدمته عوضًا.

قال اللخمي: ومعنى قوله فيما تقدم: يكون كأم الولد: أن يعتق من رأس المال. وإذا قال: له معاش^(١)، ونوى: العتق، لزمه؛ لأن الإكراه لا يتعلق بالنية إن كان ذاكرًا أن له ألا ينويه، وإن لم ينو عتقت على القول بأن الإكراه لا يكون إلا فى المال.

السابع عشر: فى الكتاب: قال لعبده: أنت حر، أو لامرأته: أنت طالق، وقال: نويت الكذب، لزمه ذلك، وإنما ينوى فى المحتمل: كالعاشر ونحوه. و «لا سبيل لى عليك»، أو «لا ملك لى عليك»، عتق إلّا أن يعلم أنه جواب لكلام قبله، فيصدق.

وإن قال لأمته: هذه أختى، أو قال لعبده^(٢): هذا أختى، ولم يرد الحرية، فلا شىء عليه.

الثامن عشر: فى الكتاب: أنت حر إن شئت، فذلك له، وإن قاما من المجلس

(١) هكذا فى ط.

(٢) فى ط: لعبده.

كالتمليك في المرأة، إلا أن تمكنه الأمة من وطء أو مباشرة وتوقف؛ ليختار العتق أو الترك، ثم قال: لا أرى بعد المجلس شيئاً إلا أن يكون شيئاً فوضه إليها.

التاسع عشر: عبيد أحرار إلا فلاناً، ذلك له دون الاستثناء بمشيئة الله تعالى، خلافاً لـ (ش)، وتقدم في الأيمان تقريره.

وعبيد حر إن كلمت فلاناً، إلا أن يبدو لي، أو: إلا أن أرى غير ذلك، فذلك له، بخلاف: «إلا أن يشاء الله»، وقد تقدم إشكال كثير وجوابه في كتاب الأيمان متعلق بهذا.

قال اللخمي: أنت حر إلا أن يشاء أبي، قيل: يعتق وإن كره أبوه.

وقيل: حتى يرضى؛ لأن معناه: أنت حر إن يشأ أبي، و «إلا أن يبدو لي»، إن بدا له لم يلزمه شيء، وإلا لزمه.

وإن قال: أنت حر إلا أن أرى غير ذلك، عتق؛ لأن العتق لا يرتفع بعد وقوعه.

العشرون: في الكتاب: قلت: يا ناصح، فأجابك مرزوق^(١)، فقلت: أنت حر، تظن ناصحاً، وقامت بذلك بينة - عتقا جميعاً بالقضاء، مرزوق بالبينة، وناصح بالإقرار، ولا يعتق في الفتيا إلا ناصح؛ لأنه المقصود.

وقال أشهب: يعتق مرزوق في القضاء والفتيا، ولا عتق لناصح؛ لأن الله - تعالى - حرمه.

قال ابن يونس: قال أصبغ: يعتقان جميعاً في القضاء والفتيا؛ كموقع الطلاق على إحدى امرأتيه بظنها الأخرى.

وقال ابن سحنون: لا يعتق واحد منهما.

الحادي والعشرون: في الكتاب: عبد بينكما فقلت: إن دخلت البيت أمس فهو حر، وقال الآخر: إن لم يكن دخل البيت أمس [فهو]^(٢) حر إن ادعيتما علم ذلك ديتما، أو ظننتما، عتق بغير قضاء.

وقال غيره: بالقضاء.

قال ابن يونس: يحلف كل واحد منهما^(٣).

(١) في ط: ميمون.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: على.

قال ابن القاسم: إذا شهد أحدهما: أن شريكه أعتق حصته، فقال -مرة-: هو أو غيره: لا يعتق منه شيء؛ لأنه متهم في جر الولاء.

وقال مرة: يعتق إن كان المشهود عليه موسراً، عتق نصيب الشاهد؛ لأنه أقر أنه إنما له على المعتق قيمة، فعلى هذا القول: إن كان الحالفان موسرين عتق عليهما إن ادعيا اليقين؛ لأن كل واحد أقر [أنه]^(١) إنما له قيمة، وأن الآخر حنث، وحكى هذا القول محمد، وعابه، وقال: العتق إنما يكون بقبض القيمة بعد التقويم، ولم يقع ههنا.

الثاني والعشرون: في الكتاب: أنت حر إذا قدم أبي، لا يعتق حتى يقدم وكان يمرض يبعه، وأجاز ابن القاسم البيع والوطء كالطلاق.

و «إن جئتني - أو متى جئتني - بألف، فأنت حر»، فإن فعل عتق، وإلا فعبد، ويتلوم له، ولا ينجم عليه، ولا يطول لسيده، ولا يعجل يبعه إلا بعد تلومه بقدر ما يرى الإمام كمن قاطع عبده على مال إلى أجل يمضي الأجل قبل أدائه يتلوم له، فإن دفع المال أجنبي، جبرت على أخذه؛ لأنه كفداء الأسير وعتقه أو دفعه العبد من مال كان بيده، قلت: هو لى، فليس لك ذلك؛ لأنه كالمكاتب وتمنع من كسبه أيضاً. وفي النكت: إذا قال المريض: أد إلی وزیتی ألفاً وأنت حر، تنجم عليه، بخلاف الصحيح، فيفترقان في التنجيم، ويستويان فيما عداه من تصرفهما فيما بأيديهما، وسقوط نفقتهما عن السيد.

وقال ابن يونس: إن قدم أبي، صرح بإجازة البيع، بخلاف: إذا قدم أبي؛ لأن «إذا» للمعلوم، و «إن» للمشكوك. فلا تقول: سافر إن طلعت الشمس، وتقول: إذا طلعت الشمس، ثم رجع، فقال: هما سواء؛ لأن الناس في العادة يسوون بينهما في غالب التعليق.

قال أبو عمران: يجب أن يمرض في الوطء كما يمرض في البيع.

قال ابن القاسم: إذا قدمت مصر فأنت حر، ثم بدا له ألا يسافر، يعتق إلى مثل ذلك القدر الذي يبلغ فيه، وكذلك: سر معي إليها وأنت حر، إلا أن يكون قال: إن خرجت أنا، فلا شيء عليه.

(١) سقط في ط.

قال سحنون في: «أخرج معى إلى الحج وأنت حر، وإن بلغت معى إلى الحج فأنت حر» فليس له بيعه، خرج أم لا، ويعتق إلى أجل من رأس المال، وإن مات قبل الخروج وهو من عبيد الخدمة، عتق إذا مات السيد.

قال المغيرة: إن قال له - وهما متوجهان إلى مكة - : إن دخلناها فأنت حر، فلما بلغا مر الظهران: أراد بيعه، له ذلك ما لم يدخلها مكة؛ لأنه أجل قد يكون وقد لا، كقدوم فلان.

وعن ابن القاسم: قال لأمته: إن حملت فأنت حرة، فإن كانت حاملاً فهي حرة، وإن لم يبين ذلك حيل بينه وبينها، ووقف خراجها، إن تبين حملها عتقت، وأعطيت ما وقف^(١) من خراجها، وإن لم تحمل [كان له]^(٢) بيعها.

وقال سحنون: لا تعتق بهذا الحمل.

وقيل: يطؤها في كل طهر مرة.

قاعدة: عشر حقائق لا تتعلق إلا بمعدوم: مستقبل الأمر، والنهي، والدعاء، والإباحة، والشرط، وجوابه، والوعد، والوعيد، والترجي، والتمنى.

فهذه القاعدة يشكل قول ابن القاسم باعتبار الحمل الظاهر، ويتجه قول سحنون. ولهذه القاعدة احتاج العلماء في قوله تعالى: ﴿إِنْ كُنْتُ قُلْتُمْ فَقَدْ عَلِمْتُمْ﴾ [المائدة: ١١٦] إلى تقدير فعل مستقبل، تقديره: إن يثبت كوني قلته.

وإذا قال له: إن أدبت^(٣) لى كذا فأنت حر، فوضعه عنه السيد، عتق؛ لأن الإبراء كالعطاء؛ لجامع تحقق البراءة.

وإن قال له: إن أعطيتنى اليوم، فلا بد من التلوم بعد اليوم إذا لم يعطه.

الثالث والعشرون: في الكتاب: أول ولد تلدينه فهو حر، فولدت ولدين في بطن، عتق أولهما خروجاً، فإن خرج ميتاً لم يعتق الثاني؛ لأنه إنما أعتق الأول.

وقال ابن شهاب: يعتق؛ لأنه لا يقع على الميت عتق.

وإن قال في صحته: كل ولد تلدينه حر، عتق ما ولدت، واستثقل مالك ببيعها؛ لما يتعلق بذريعتها من حق العتق.

(١) في ط: وقت.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: ودبت.

قال ابن القاسم: وأنا أرى بيعها؛ لعدم وجود [سبب العتق]^(١)، إلا أن تكون حاملاً حين التعليق، أو حملت بعد قوله، أو يقول: ما فى بطنك، أو إذا وضعته فهو حر، فلا تباع^(٢) حتى تضع، إلا أن يرهقه دين فتباع ويرق؛ لأن الأجنة تابعة، ولو ولدته فى مرض السيد، أو بعد موته، ولا دين عليه، وقد أشهد على قوله فى صحته - عتق من رأس المال؛ كمعتق إلى أجل، هذا إن كان الحمل فى الصحة، فإن كان فى مرضه^(٣)، أو بعد موته عتق من الثلث؛ لأن عتق المريض إلى أجل، من الثلث، والأول كمن قال لعبده: إذا وضعت فلانة فأنت حر، ووضعته والسيد مريض، أو بعد موته - عتق من رأس المال.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم فى أول ولد [تلدينه]^(٤)، فوضعت ولدين، سواء كانا غلامين أو جارين، أو غلاماً وجارية، وإن لم يعلم الأول، فهما حران بالشك. قال مالك: إن قال: إن وضعت غلاماً فأنت حرة، فوضعت غلامين، فالأول حر؛ لأن الشرط لا يتكرر، أو وضعت جارية ثم غلاماً فى بطن، لزمه عتق الغلام. أو غلامين، لزمه عتق الأول، وأولهما ميت عتق الحى، بخلاف قوله: أول ولد تلدينه.

وشهادة النساء فى السبق بينهما جائزة.

قال محمد: إذا لم يعلم الأول: فالقياس أن يعتق من كل واحد نصفه، ويتم باقيه بالسنة، فيعتقان جميعاً.

قال ابن القاسم: يعتق بوضع الميت.

وإن قال: إن ولدت جارية فأنت حرة، فولدت جارية، عتقت الأم ورقت الجارية؛ لأن عتق الأم متأخر عن الولادة؛ لأن المشروط متأخر عن الشرط، أو ولدت جارين، فالأم والثانية حرتان بالشك؛ لتأخرها عن سبب الحرية، أو وضعت غلاماً ثم جارية، عتقت دون الولدين لتقدمهما على عتقها^(٥)، أو الغلام آخرًا عتق

(١) فى ط: سعى العتق.

(٢) فى ط: يباع.

(٣) فى ط: ولدته فيه.

(٤) سقط فى ط.

(٥) فى ط: عتقهما.

هو مع الأم، ورقت الجارية؛ لتقدمها.

وإن قال: إن ولدت جارية فأنت حرة، أو غلامًا فزوجك حر، فولدتها^(١)، عتق الأبوان، وإن ولدت جارية أولًا، عتق الغلام، أو الغلام أولًا، رق الوالدان، فإن الغلام حر.

وإن قال: أول بطن تضعينه فوضعت توأمين عتقًا.

وإن قال: ما في بطنك حر، وأشكل: هل في بطنها شيء؟ لا يعتق إلا ما تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم القول، فإن كان الحمل بيئًا فهو حر، وإن لم تضعه إلا إلى خمس سنين.

الرابع والعشرون: في الكتاب: إذا أعتقها على أن تتزوج به أو بغيره فامتنعت: عتقت، ولا يلزمها ذلك، وكذلك إن أعطيته ألقًا على أن يعتق أمته ويزوجك بها، فلا يلزمها، وتلزمك الألف.

[و]^(٢) في النكت: قال محمد: إلا أن يبين أنه زاد على قيمتها للنكاح فيرد الزائد، ورأى مالك الكل سواء، والاستثناء لا ينفع في العتق، كما لو قال له: خذ ثلاثين دينارًا على أن عتقها، واستثن لي عليها خدمة عشر سنين، فلا خدمة له، ولا رجوع على المعتق، وإنما لم يلزم الأمة الشرط؛ لأنها إذا عتقت سقط إجبار السيد عنها، فهي أسقطت حقها قبل سببه، كمسقط الشفعة قبل البيع.

قال اللخمي: ولو كان السيد يجهل، فيعتقد أن الألف قيمتها وصداقها لها، وأن الصداق له، قضى الألف على قيمتها وصداق المثل، وينظر إلى قيمتها بشرط العتق، وعلى البيع للملك، وكذلك إذا قال: أعتقها وزوجنيها على الألف فسقطت الألف بخلاف قوله: «ولك ألف»، وإذا أسقطت رجع للدافع الزائد على النية.

الخامس والعشرون: في الكتاب: أنت حر الآن وعليك مائة إلى أجل كذا، عتق الآن واتبع بالمائة وإن كره؛ قاله مالك؛ لأن لك اتباع ماله وعتقه.

وقال ابن القاسم: لا شيء عليه ويعتق؛ لأنك ليس لك أن تعمّر ذمته، بل لك انتزاع الموجود.

(١) في ط: فولدتها.

(٢) سقط في ط.

وأنت حر على أن تدفع^(١) إلى مائة، لم يعتق إلا بأدائها، وله ألا يقبل ذلك ويبقى رقيقًا، ذكرت أجل المال أم لا.

ولو قال: على أن تدفع إلى مائة إلى سنة: فقليل ذلك، ولم يقل: حر الساعة ولا أرادته، لم يعتق إلا بأداء عند الأجل، ويتلوم له عند محله، فإن عجز رقى. وقوله: إن أتيتني بكذا إلى أجل كذا، فأنت حر من القطاعة وناحية الكتابة، ويتلوم له، وليس له بيعه.

وإن قال: إن أدبت^(٢) إلى مائة إلى سنة فأنت حرة، فما ولدت في هذه المدة بمنزلتها إن أدت^(٣) عتقت وعتق، وكذلك إن لم يضرب أجلا فولدت، ثم أدت؛ لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، إلا ولد الأمة من سيدها، وكل شرط كان في أمة فما ولدت بعده وكانت حاملاً به يوم الشرط فهو بمنزلتها في ذلك.

وكذلك: أنت حرة إن لم أفعل كذا، إلى أجل كذا، فتلد قبل الأجل؛ يمتنع بيعها وبيع ولدها و[إن]^(٤) لم يؤد، لا يتلوم له.

في التنبيهات: هذه المسائل الخمس^(٥): «أنت حر عليك كذا»، «أنت حر على أن عليك كذا»، «أنت حر على أن تدفع إلى كذا»، «أنت حر على أن تؤدى إلى كذا»، الخامسة: «أنت حر إن أدبت إلى كذا، أو دفعته، أو إذا أدبته، أو جئت به، أو أعطيته، أو متى جئت به، أو أدبته» - فمعظم الشراح والمختصرين: أن مذهب مالك في هذه الخمس: أنها^(٦) ثلاثة، لها ثلاثة أجوبة، ترجع إلى جوابين في الحقيقة.

الأول: «عليك»، و «على أن عليك» هما سواء، يعتق على هذا وإن كره.

الثانية: «أنت حر على أن تدفع إلى كذا»، لا يعتق حتى يدفع^(٧)؛ لأنه لم يبتل عتقه إلا بعد الدفع، ولم يختلف المذهب: أنه بالخيار في القبول؛ لأنها كتابة،

(١) في ط: يدفع.

(٢) في ط: ودبت.

(٣) في ط: ردت.

(٤) سقط في ط.

(٥) في ط: خمس.

(٦) في ط: أنه.

(٧) في ط: تدفع.

وكذلك ينبغي على مذهبه أن يكون مثله: على أن تؤدي إلى، أو تعطيني أو تجيء.

الثالثة: «إن أديت إلى»، أو «إذا» أو «متى»، فهو شرط لا يعتق إلا بالأداء^(١)، غير أنه نوع من القطاعة والكتابة؛ ولهذا منعه من البيع حتى يتلوم له الإمام، فيؤدي أو يعجز، وهو [في الحقيقة]^(٢) يرجع إلى الجواب في قوله: «على أن تدفع»^(٣) إلى، أو على أن تؤدي، هذا مذهب مالك.

ومذهب ابن القاسم -عند الجمهور-: أنها أربعة، لها أربعة أجوبة، يوافق مالكا منها في الفصل الثالث والرابع من الخمسة المذكورة، ويخالفه في الآخرين، فيلزمه العتق في قوله: «وعليك»، ولا يلزمه المال إذا كان بغير رضا العبد، وإلا لزمه، وأما: «على، أن عليك»، فلا يلزمه مال ولا عتق إلا برضا العبد.

وقيل: هي ثلاثة مسائل عند ابن القاسم، لها ثلاثة أجوبة، وكل جواب قولان: الأولى: «وعليك»، له قولان، ما تقدم عنه، وله قول موافق لمالك. الثانية: «على أن عليك»، أو «على أن تدفع بهذا»، أن عند هذا القائل مسألة واحدة لابن القاسم فيها قولان، فقال في: «على أن عليك» ما تقدم، وفي: «على أن تدفع»، يخير العبد، كقول مالك.

الثالثة: «على أن تؤدي إلى»، فلا يعتق إلا بالأداء اتفاقاً، وله ألا يقبل، وتذكر الخلاف مفصلاً فتقول:

المسألة الأولى: «أنت حر»، و «عليك»، «ورضى العبد»، فيها ثلاثة أقوال: قول مالك: إلزام السيد العتق معجلاً، والعبد المال إن كان موسراً، وإلا بقي ديناً، ومشهور ابن القاسم: إلزام العتق، وإسقاط المال. وقال عبد الملك: الخيار للعبد.

المسألة الثانية: «أنت حر على أن عليك»، فيها أربعة أقوال: إلزام العتق والمال، يخير العبد ولا يعتق إلا بالأداء، لابن القاسم. إجبار العبد، ولا يعتق حتى يدفع لأصبع.

(١) في ط: بالداء.

(٢) في ط: بالحقيقة.

(٣) في ط: يدفع.

المسألة الثالثة: «أنت حر على أن تدفع إلى»، ثلاثة أقوال: يخير العبد فإن قبل فلا يعتق إلّا بالأداء لمالك وابن القاسم، ويخير العبد في الرضا بالعتق معجلاً، ويلتزم المال ديناً، ويرد؛ فيرق لابن القاسم، واختار العبد على المال؛ بناء على إجباره على الكتابة.

المسألة الرابعة: «على أن تؤدي»^(١) إلى»، فلا يعتق إلّا بالأداء، وله الرد.
المسألة الخامسة: «إن أديت»، أو «أعطيت» أو^(٢) «جئتني»، فظاهره أنه مثل: «على أن تدفع»^(٣)، و «على أن تؤدي»^(٤)، فلا يلزم العتق إلّا برضاه ودفعه، وله الرد.

قال ابن يونس: «أنت حر، وعليك ألف»، اتباعه بالمال عند مالك، وهو قول أصحابه وأهل المدينة، وكأنه باعه نفسه وهو كاره فيلزمه، كما يزوجه كارهًا، ويتنوع ماله كارهًا، وكما يلزمه ذلك بغير حرية.

وابن القاسم يرى أنه من باب الاستسعاء بعد الحرية.
وملخص قول مالك وابن القاسم في قول: «أنت حر الساعة، وعليك»، أو «على أن عليك مائة»، أو «على أن تدفع» - يعتق الساعة، ويدفع وإن كره، وكذلك إذا لم يقل: «الساعة»، وأما «على أن تدفع» فهو بالخيار، ولا يعتق إلّا بالدفع؛ لأنه جعل له دفعًا وكسبًا، واختيار الخلاف، و «عليك» إلزام بغير اختيار.
قال اللخمي: إذا قبل العبد العتق في قوله: «أنت حر على أن تدفع إلى»، حيل بين السيد ومال العبد وخراجه.

وقال عبد الملك في: «إن جئتني بمائة إلى سنة»، له بيعه إلّا أن يقيم بيده حتى يأتي بالمائة.

وفي المنتقى: إن اشترط^(٥) عليه عملاً، نحو: «أنت حر على أن تخدمني سنة»، قال ابن القاسم: ذلك عليه إن كان قبل العتق، ولا يلزمه إن كان بعده، و «أنت حر

(١) في ط: يؤدي.

(٢) في ط: و.

(٣) في ط: يدفع.

(٤) في ط: يؤدي.

(٥) في ط: اشراط.

على ألا تفارقني»، قال محمد: لا يلزمه؛ لأنه اشترط شيئاً من الرق بعد العتق، فينفذ العتق ويبطل الشرط؛ لأن العتق مبنى على التغليب والسراية والعمل، بخلاف^(١) المال؛ لأن المال في الذمة ليس من أحكام الرق؛ لأن الديون على الأحرار أكثر من العبيد.

وإن قال لها: «أنت حرة على أن تسلمي»، قال أصبغ: إن امتنعت لا عتق لها، كقوله: «إن شئت»، وليس كقوله: «أنت حرة على أن تنكحي فلاناً»، فتمتنع فيمضي العتق.

والفرق: أنها إن رضيت بنفس العتق تكون مسلمة، كقوله: «على، أن عليك مائة»، والنكاح اشتراط عمل بعد العتق؛ لأنه يطول.

السادس والعشرون: في الكتاب: إذا قال: أعتقته أمس على مال، وقال العبد: على غير مال - صدق العبد مع يمينه كالزوجة؛ لأن الأصل: براءة الذمة.

وقال أشهب: يصدق السيد مع يمينه؛ لأنه [لو]^(٢) قال: «أنت حر وعليك مائة»، لزمه، بخلاف قوله للمرأة: «أنت طالق، وعليك مائة»، يلزم الطلاق دون المال، وإن أقر أن شريكه أعتق نصيبه: فإن كان المشهود عليه موسراً أعتق نصيب الشاهد، لإقراره أنه لم يبق له إلا القيمة، أو معسراً، لم يعتق من العبد شيء.

وقال أشهب: ذلك سواء؛ لأنها شهادة لنفسه بالقيمة؛ فلا يعتق شيء؛ لأنه لا يعتق حصة شريكه إلا بتقويم ودفع القيمة، وقاله سحنون، وهو أجود، وعليه جميع الرواة.

قال اللخمي: العتق^(٣) على ثلاثة أوجه: إن كان مع غيبة العبد، صدق السيد؛ لتعذر إنكاره^(٤)، أو بحضرته فهو موضع الخلاف: إن ادعى أنه قال: «أنت حر على أن عليك...»، أما إن قال: «أعتقتك وجعلت عليك مائة بمراضاة منك»، فيترجح قول العبد: لم أرض بشيء؛ لأن الأصل: عدم الرضا، ويصدق السيد؛ لأن الأصل: بقاء ملكه، ولا يخرج إلا بعوض.

(١) في ط: لخلاف.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: المعتق.

(٤) في ط: المكاراة.

قاعدة: إذا دار الملك بين أن يبطل بالكلية، أو من وجه، فالثاني أولى؛ لأنه أقرب لبقاء الملك، ولها صور.

أحدها: إذا أكل المضطر الطعام، ووجبت إزالة ملكه عنه^(١) للضرورة، فهل [يأكل]^(٢) بغير عوض وهو سقوط بالكلية، أو بعوض وهو السقوط من وجه؟ وإذا أدى مالاً عنه ونازعه في التبرع به، صدق في عدم التبرع؛ لأنه إسقاط للملك من وجه، وتصديق العبد، إسقاط له من كل وجه.

السابع والعشرون: في المقدمات: إن قال: أنت سائبة، قال ابن القاسم: إن أراد به العتق، فهو حر، وولاؤه لجميع المسلمين، وهو مكروه؛ لنهاية ﷺ عن بيع الولاء وهبته^(٣)، ولم يكرهه أصبغ، كعتق عبده عن زيد، ويعتق، أراد الحرية أم لا؛ لصراحته في العتق.

وقال عبد الملك: يحرم عتق السائبة؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا لِيُحَدِّثَ وَلَا سَكِينَةٍ﴾ [المائدة: ١٠٣] أى: لم يشرع، فإن فعل فالولاء له إن عرف، فإن ما بقي منه إن كان له مال.

وفي الكتاب: إذا أعتق المملوء شقصاً له في عبد، فليس لشريكه التمسك بنصيبه، ولا عتقه إلى أجل، إنما له أن يبتله أو يقوم على شريكه، فإن أعتق حصته إلى أجل، أو دبره، أو كاتبه، رد ذلك إلى التقويم، إلا أن يبتله.

قال غيره: إن كان الأول ملياً بقيمة نصف نصيب المعتق إلى أجل، قوم ذلك عليه، وبقي ربع العبد معتقاً.

وقال غيره: إن كان الأول ملياً وأعتق الثاني إلى أجل فقد ترك التقويم، ويعجل عليه العتق الذي ألزم نفسه، واستثنى من الرق ما ليس له.

وقال (ش) قولين:

أحدهما: أن المؤسر يلزمه أن يؤدي قيمة العبد، فإذا أدى عتق، فاللفظ واجب الأداء، وبالأداء عتق. وهو ظاهر قول مالك.

(١) في ط: عند.

(٢) سقط في ط.

(٣) أخرجه البخاري (١٦٧/٥) في العتق: باب بيع الولاء وهبته (٢٥٣٥)، ومسلم (١١٤٥/٢) في العتق: باب النهى عن بيع الولاء وهبته (١٥٠٦/١٦).

والثاني: يعتق بالسراية، وتكون القيمة في ذمة الشريك، وقاله ابن حنبل.
وقال (ح): يتخير شريك الموسر بين ثلاث: بين أن يعتق نصيبه، أو يقوم على شريكه الموسر، أو يستسعى العبد في قيمته، فإذا أداها عتق، ويتخير مع العسر بين^(١) العتق والاستسعاء.

وقال صاحبه: العتق يقع جزئاً وإن كان موسراً؛ إذ القيمة والاستسعاء للعبد. لنا في بطلان الاستسعاء: ما تقدم من قول النبي ﷺ، «... وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ^(٢) مِنْهُ مَا عَتَقَ»، وما في الصحيح: أن رجلاً أعتق ستة أعبد لا مال له غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ، فأقرع بينهم؛ فأعتق اثنين وأرق أربعة^(٣)؛ فلم يلزمهم الاستسعاء، و (ح) يعتق من كل واحد بعضه، ويستسعيه في الباقي.

ولأنه لا يجزئه^(٤) على الكتابة، فنقيس عليها^(٥)؛ لأنها عتق بعوض. ولأنه لو أوصى المريض بعتق عبده ولا مال له غيره، عتق ثلثه واستسعى في الباقي، فيؤدى إلى تقديم حق الموصى له على حق الوارث، مع أن الوارث مقدم فيما عدا الثلث.

احتجوا بما خرجه البخاري وغيره أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً قَوْمَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ^(٦)».

وجوابه: قال صاحب الاستذكار: روى الحديث جماعة، والحفاظ منهم لم يذكروا السعاية؛ فضعف نقلها.

قال صاحب القبس: «وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» في الحديث الأول، «وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ» من كلام الراوى فتيا من قبل نفسه^(٧) قاله علماء الحديث، سلمناه،

(١) فى ط: فى.

(٢) فى ط: أعتق.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٦٨/٥٦)، وأحمد (٤٢٦/٤)، وأبو داود (٣٩٥٨)، (٣٩٥٩) وابن ماجه (٢٣٤٥)، والترمذى (١٣٦٤) عن عمران بن حصين.

(٤) فى ط: يجزئه.

(٥) فى ط: عليه.

(٦) أخرجه البخارى (٢٥٢١) وغيره، ومسلم (١٥٠١/٥٠)، وأبو داود (٣٩٤٧) والحميدى (٦٧٠) وأحمد (١١/٢) من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه.

وله شاهد أخرجه البخارى (٢٥٠٤)، ومسلم (١٥٠٣/٥٤).

لكن ليس فى اللفظ ما يقتضى^(١) الجبر على ذلك، فيحمل على أنه برضا العبد والسيد على سبيل البندب؛ لأنه توسل للعتق، ويؤكد قوله: «غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»، وهو يدل على الاختيار وعدم الجبر، وإلا حصلت المشقة، أو يحمل على إثبات السعى للسيد فى يوم الرق؛ لثلا يظن السيد أن استخدام العبد بعد ذلك يمتنع؛ لمشاركة الحرية، وقاسوه على الكتابة على القول بالجبر عليها.

والفرق: أن ههنا حصلت جنابة من المعتقد، فأصل التعلق به لجنابة، فقد وجد المزاحم فسقط الإيجابار على العبد لتعين الغير، بخلاف الكتابة.

ولنا على عدم العتق بالسراية حتى يقوم: ما فى الحديث المتقدم: «وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَنْلُغُ ثَمَنَهُ فَهُوَ عَتِيقٌ»، والفاء للترتيب؛ فدل على أن العتق إنما يكون بعد تحقق ذلك بالكشف والتقويم، وفى الأحاديث: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قَوْمَ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ عَدْلٍ، وَلَا لَبْسَ وَلَا شَطَطَ، ثُمَّ يُعْطَى صَاحِبُهُ، ثُمَّ يُعْتَقُ»^(٢).

وهو يدل أن العتق يتوقف^(٣) على تسليم القيمة؛ لأن «ثم» للتراخى.

ولأن التقويم يدل على أن المقوم مال لأحد.

احتجوا بأن التقويم يعتمد الإلتلاف؛ فدل على أنه تلف بالعتق.

ولأنه يروى: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ فَهُوَ حُرٌّ لَهُ»^(٤).

والجواب عن الأول: قد يكون التقويم فيما هو فى حكم التالف كما إذا غصب عبداً فأبق منه؛ فإننا نقومه عليه، وهذا فى حكم التالف بتفريق الخدمة ونقصان الثمن بقلة الرغبات فيه.

ولأنه لإزالة الضرر عن الشريك؛ فلا يزول إلا بعد قبض المال كالشفعة.

ولأنه لو أعتق نصيب شريكه ابتداء لم يعتق منه شيء؛ فدل على أن النصيبين

كالعبدین، ولو أعتق أحد العبدین لم يعتق الآخر.

(١) فى ط: بنفسه.

(٢) فى ط: يقضى.

(٣) تقدم

(٤) فى ط: توقف.

(٥) أخرجه النسائي فى الكبرى، كما فى التحفة (٩٨/٦)، وابن حبان (موارد-١٢١١)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٢٧٦/١٠) من طريق نافع عن ابن عمر ومن طريق عطاء عن جابر، وأصله فى الصحيح عن ابن عمر.

وعن الثاني: أنه يتعين أنه آيل إلى العتق كله بالتقويم؛ جمعًا بينه وبين ما ذكرناه. تفريع: في التلقين: لا يجوز تبعض العتق ابتداءً، ومن بعض العتق باختياره أو بسببه^(١) لزمه تكميله، كان باقى المعتق له أو لغيره. ويريد بسببه: شراء حر من^(٢) يعتق عليه أو يقبله فى هبة، أو صدقة، أو وصية، أو نكاح.

وفى الكتاب: يقوم النصيب يوم القضاء، و [لا]^(٣) يعتق على المعسر غير حصته، وإن كان ملياً ببعضها قوم ذلك عليه، ويبيع عليه فى شوار بيته، والكسوة ذات البال، دون ما لا بد منه، وعيشه^(٤) الأيام.

فإن كان ملياً وأعتق الآخر نصف نصيبه عتق باقى حصته عليه؛ لأنه قد أُلّف نصيبه بعثقه لبعضه، ولا يقوم على الأول إذا قيم عليه، والعبد غير تالف، فلو مات قبل التقويم لم يلزمه شيء؛ لأنه مات على ملك سيده، وإن مات المعتق لنصف نصيبه قبل أن يعتق عليه ما بقى بقيمته^(٥) على المعتق الأول:

قال ابن يونس: إذا لم ينظر فى أمره حتى أيس قوم عليه؛ لأن العبرة بحال الحكم لا بواقعة^(٦) الرفع إلى الحاكم.

وأجمع أصحابنا أنه بتقويم الإمام حر يتعين^(٧) إحداث حكم؛ لأنه الوارد فى الحديث، وكذلك لو دبره^(٨) فقوم عليه لشريكه.

وأنكر على عبد الملك: أنه لا يكون مدبراً إلاً بالحكم.

وقالوا: إن أعتق بعض عبده لا يعتق إلاً بالحكم؛ لأن الأول وارد فى لفظ الحديث، فرتب^(٩) فيه العتق على التقويم، ولتعين ضرر الشريك، وههنا لم يضر

(١) فى ط: لسبه.

(٢) فى ط: ممن.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: وعشرة.

(٥) فى ط: بقيمة.

(٦) فى ط: يوقعه.

(٧) فى ط: بغير.

(٨) فى ط: دبر.

(٩) فى ط: قريب.

نفسه، وفي العتق بالمسألة قولان، وعتق القرابة بمجرد الملك.

قال سحنون: وإن [لم]^(١) يكن للمعتق مال ظاهر، سئل عنه جيرانه ومن يعرفه، فإن لم يعلموا له مالاً أحلف ولا يسجن، وإن كان للعبد يجبر بدفع قيمته بموضعه، ولا يجلب إلى غيره.

وإن قال: هو سارق وشريكى يعلم ذلك، وأقر به قوم سارقاً، أو أنكروا، فلا يمين له عليه، ويقوم سليماً، إلا أن تقوم بينة أو شاهد.

قال أشهب: يحلف معه، فإن نكل أحلف شريكه، فإن كان الشاهد غير عدل لم يحلف معه، وتوجهت اليمين على شريكه.

وقال محمد: غير العدل لا يوجب شيئاً.

قال اللخمي: لو تراضى الشريك والعبد بترك التقويم لم يصح، لحق الله - تعالى - في العتق، والملك^(٢) في عتق المقوم، هل بنفس العتق^(٣) الأول أو بعد الحكم.

قال: والأحسن ألا يكون إلا بعد الحكم؛ لقوله ﷺ: «قَوْمٌ عَلَيْهِ وَأُغْتِقَ»^(٤) فهو أمر بإيقاع العتق، والأصل: بقاء الرق حتى يتيقن زواله، فإن لم ينظر فيه حتى جرح^(٥) أو قذف فهو على أحكام العبيد، وقيل: إنه بنفس التقويم يعتق، وهو وهم؛ لأن التقويم يحصل حق الشريك ويبقى حق الله تعالى يفتقر إلى حكم يحققه^(٦)، وإذا قوم على الشريك صار له كله، والمعروف من المذهب إذا كان كله لا يعتق إلا بعد الحكم.

وإذا اختار المتمسك أن يعتق، ثم انتقل للتقويم، لم يكن له ذلك إلا إذا رضى شريكه؛ لأنه أسقط حقه عنه، فإن اختار التقويم، ثم انتقل للعتق، قيل له: ليس لك ذلك لتعين الولاء لغيرك^(٧).

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: وللملك.

(٣) في ط: المعتق.

(٤) تقدم.

(٥) في ط: خرج.

(٦) في ط: تحققه.

(٧) في ط: لغيره.

وقال ابن حبيب: له؛ لأنه أولى بالتقويم^(١) لملكه، وقاله ابن القاسم ومحمد. قال محمد: ويقوم على أنه لا عتق فيه؛ لأنه كذلك عينه ويقوم [و] لم يسو القيمة يوم الحكم على أن نصفه حر؛ لأنه أذن في العيب، ولا شيء له إن كان معسرًا، ولو تأخر الاستكمال حتى تغير^(٢) سوقه، فلمن لم يعتق قيمة عيب العتق يوم أعتق، وقيمة^(٣) النصف معيًّا^(٤) يوم الحكم، فإن مات العبد قبل الاستكمال، أو أراد الشريك العتق و^(٥) المعتق معسرًا - بيع بقيمة العيب في ذمته، فإن رضى الشريك بالتقويم مع العسر ليكمل العتق: قال محمد: ذلك له؛ لأن تأخير أخذ القيمة بسبب الإعسار حق له، وقيل: ولا يشغل ذمة شريكه بغير رضاه، والحديث لم يرد فيه. قال: وهو أحسن، وإذا أعسر، ثم أيسر، أو قال: كنت معسرًا، أو علم أن الذي في يده فائدة، لكان القول قوله في الاستكمال؛ لأن هذه فائدة، والحديث: «مَنْ أَعْتَقَ وَلَهُ مَالٌ»، ولا يقوم عليه إذا شك هل كان له مال أم لا؟ والقيمة: أصلها الحلول كسائر قيم المتلفات، فإن تراضيا بالتأجيل امتنع؛ لأنه ربًا وفسخ دين في دين، وإن تراضيا بالتأجيل مع العسر جاز؛ لأنه ينع باختیار.

وفى الجواهر: يترك للمقوم عليه عيشة الأيام وكسوة ظهره، كما في الديون. وقال أشهب: لا يترك له إلا ما يواريه لصلاته. وقال عبد الملك: يترك له ما لا يباع على المفلس، وإن كان عليه دين بقدر ماله فهو معسر، ويقوم كاملاً لا عتق فيه. وقيل: على أن نصفه حر. وعلى الأول اتفاق الأصحاب، ويقوم بصنعتة وماله وما حدث له من ولد بعد العتق أو مال، وتقوم الأمة بولدها ومالها. ولو تقاوم الشريكان العبد والأمة فبلغاه أضعاف ثمنه، فأعتقه أحدهما.

(١) في ط: بالتقريب.

(٢) في ط: بغير.

(٣) في ط: وقيم.

(٤) في ط: معيًّا.

(٥) في ط: أو.

قال ابن القاسم: نزلت بالمدينة بين رجل وامرأته فاستحسن مالك أن ينادى عليه، فإن زادت عليها، ولألا لزمه الزوج، فلو [تعيب قبل التقويم قوم بعيه]^(١).
قال صاحب المتقى: في تحليفه إذا لم يوجد له مال - قولان: التحليف كالمفلس؛ للثمة.

وعدمه؛ لأنها يمين لو نكل عنها لم يستحق بها شيئاً.
والأول عليه الجمهور.

فإن كان له مدبرون، أو معتق إلى أجل، فلا حكم لهم في القيمة، وتقوم ديته على مال حاضر، وأمد قريب، ويتبع في ذمته دون أسير أو على غائب؛ قاله عبد الملك.

وفي الموازية: شطر ديته، ويمنع شريكه من البيع، وشطر فيه، وإن كان ماله يبلغ بعض الحصّة فروى القاضي أبو محمد: يعتق ذلك فيبقى الباقي رقا لمالكة، وقاله سحنون إلا في التافه.

قاعدة: حق الله تعالى: أمره ونهيه، وحقوق العباد: مصالحهم: فقد تنفرد، كالإيمان^(٢) حق لله تعالى، والقيم والأثمان^(٣) حقوق للعباد^(٤)، وقد تجتمع، ويغلب حق الله إجماعاً فلا يتمكن العبد من الإسقاط كالسرقة، وقد يغلب حق العبد إجماعاً كالدين، وما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق.

وقد يختلف العلماء أيهما يغلب كالحد في القذف، فمن غلب حق الله تعالى منع العفو أو حق الأدمى جوزه.

والعتق اجتمع فيه حق الشريك بنقص^(٥) ماله بعيب العتق، وحق العبد بتخليصه؛ لاكتسابه، وطاعة ربه، وحق الله تعالى في إزالة الوصمة^(٦) عن ابن آدم المكرم من خالقه، وتوجه تكاليفه عليه، وحق الله تعالى فيه مغلب.

(١) في ط: بقيت قبل التقويم قوم بعيته.

(٢) في ط: فالإيمان.

(٣) في ط: والإيمان.

(٤) في ط: العباد.

(٥) في ط: فتتقيص.

(٦) في ط: الاصمة.

فرع: في الكتاب: إذا أعتق المسلم نصيبه قوم عليه كان العبد مسلمًا أو ذميًا؛ لحق الشريك والعبد.

أو أعتق الذمي حصته والعبد مسلم، قوم عليه؛ لأنها جناية منه، وأجبر على عتق جميعه؛ لأن الإسلام لا يعلوه الكفر، أو كافر لم يقوم؛ لأن الذمي لا يلزمه العتق، ولو أعتقه كله.

وقال غيره: تقوم عليه حصة المسلم؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر. قال ابن يونس: [هذا، إن أبان]^(١) النصراني المعتق عن نفسه حتى لو أراد رده في الرق لم يكن له ذلك جبر المسلم على أن يقومه عليه ويكمل عتقه، وإلا فلا تقويم إلا أن يشاء المسلم.

ونصراني بين نصرانيين لا تقويم فيه إلا أن يرضوا بحكمنا^(٢). أو بين حر وعبد فأعتق الحر حصته قوم عليه، أو العبد^(٣) فلا عتق له إلا بإذن سيده، فيقوم على سيده، كان للعبد مال أم لا؛ لأن السيد هو المعتق في المعنى. قال سحنون: وتباع في قيمته وقيمة العبد وغيرها من مال السيد. قال محمد: وكذلك إن كان بغير إذنه فأجاز.

فرع: في الكتاب: إذا وهبت لعبد نصفه، أو أخذت منه دنانير على عتق نصفه، أو على بيع نصفه من نفسه - عتق كله، وولاؤه لك، وإن أعتقت نصيبك من العبد المشترك على مال أخذته من العبد، وأردت^(٤) وجه العتاقة - عتق عليك كله، وغرمت حصة شريكك، ورددت المال إلى العبد؛ لأن من أعتق نصيبه من العبد المشترك واستثنى شيئًا من مال عتق كله، ورد ما استثنى للعبد.

وإن علم أنك أردت الكتابة فسخ ذلك، وبقي العبد بينكما، وأعطيت نصف المال لشريكك.

وفي المتقى: إذا وهبت العبد نصيبك^(٥) فيه: قال مالك: يقوم عليك؛ لاندراجه

(١) في ط: هذان أبان.

(٢) في ط: بحكمها.

(٣) في ط: لعبد.

(٤) في ط: ووردت.

(٥) في ط: نفسك.

فى الحديث .

فرع : فى الكتاب : أعتق أحدكم نصيبه ، ثم الآخر ، وأنتما ملبان لم يقوم [نصيب] ^(١) الثالث إلا على الأول ؛ لأنه الذى أعاب العبد ، فإن كان عديماً لم يقوم على الثانى ؛ لأنه لم يعبه ، فإن أعتقتما معاً ، قوم عليكما إن كنتما موسرين ؛ لأنه ليس أحدكما أولى من الآخر ، وإلا قوم على الملى منكما .

قال ابن يونس : جميع الأصحاب على عدم التقويم على الثانى إذا أعسر الأول إلا ابن نافع ، قال : يقوم على الثانى إن كان ملياً ؛ لأن الأول يقوم ^(٢) فى حين العدم . ولأنه لو امتنع المتمسك من التقويم فللعبد طلبه .

قال عبد الملك : إن أعتقا معاً ليس للمتمسك أن يقوم على أحدهما ، وإن رضى المقوم عليه ، ولو جاز ذلك جاز له بيعه من أجنبى على أن يعتقه . وقال : إذا أعسر أحدهما ، لا يلزم الملى إلا حصته إذا قوم عليهما ؛ لأنهما ابتداء الفساد معاً .

وعن مالك : إن كان لأحدكم نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللآخر سدسه ، فأعتق صاحبا ^(٣) الثلث والسادس حصتهما معاً ، فليقوم عليهما بقدر ملكهما كالشفعة فى اختلاف الأنصبا ، فإن أعدم أحدهما فالجميع على الموسر ، كما إذا أسلم أحد الشفعاء نصيبه لم يأخذ الآخر إلا الجميع ، أو يسلم ، وقاله المغيرة ، ثم رجع للتقويم نصفين لو قتلاه ^(٤) .

وروى عن مالك شاذاً ، وقاله (ش) ، واتفقوا أن من عجز منهما عن بعض ذلك : أنه يتم على الآخر .

قال اللخمي : يقوم على الأول فى مسألة الكتاب ، إلا أن يرضى الثانى بالتقويم عليه ، ولا مقال للأول ؛ لأن الاستكمال حق للعبد ، لا حقه ، وإذا جاز الاستكمال على المتمسك جاز على الأوسط .

تنبيه : قال (ش) و (ح) : إذا أعتقه ^(٥) معاً يقوم عليهما نصفين .

(١) سقط فى ط .

(٢) فى ط : يقدمه .

(٣) فى ط : صاحب .

(٤) فى ط : قتلناه .

(٥) فى ط : أعتقا .

لنا: أنهما [تفاوتا فى إحداث]^(١) الضرر، فيتفاوتان فى التقويم .
احتجوا بقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَائَهُ فِي عَيْدٍ...»^(٢) الحديث، وظاهره يقتضى
تقويمه على كل واحد منهما، كما لو ادعاه الجميع كلاهما .
ولأنه لو انفرد كل واحد منهما عتق عليه الجميع، فقد استوى السدس والنصف .
ولأن الفرق بينه وبين الشفعة: أن هذا جناية، والمشتركان فى الجناية لا يشترط
تساوى إتلافهما، بل أصل الاشتراك فى الفعل، والشفعة مال؛ فيعتبر قدر المالية؛
كاستحقاق كسب العبد .

والجواب عن الأول: أن الشفعة لو انفرد صاحب السدس أخذ الجميع، وعند
الاجتماع يجب التفاوت .

وعن الثانى: ما تقدم فى الأول .

وعن الثالث: لا نسلم^(٣) أن العتق إتلاف، وإلا لم أسقطت القيمة عن المعسر؟
بل يتبع فى الدمة، ثم إن الشريكين إذا أغرمناهما؛ لإزالة الضرر، فقد نفعناهما
بثبوت الولاء لهما؛ فليس إتلافًا مطلقًا .

نظائر: قال أبو عمران: ثلاث مسائل تعتبر فيها الأنصباء دون الرؤوس: التقويم
فى العتق، والفطرة عن العبد، والشفعة .

وسنة على الرؤوس دون الأنصباء: أجره القاسم، وكنس المراحيض، وحراسة
أعدال المتاع، وبيوت الغلات، وأجره السقى، وحارس الدابة والصيد لا يعتبر فيه
كثرة الكلاب. زاد العبدى: كنس السواقى؛ فتكون سبعة .

فرع: فى الكتاب: لا يجوز لأحدكما مكاتبة نصيبه بغير إذن شريكه، أو بإذنه،
لأنه غرر مع ضرر الشريك، وداعية إلى عتق البعض بغير تقويم .

وأما إن دبره بإذنه جاز، وبغير إذنه قوم عليه نصيب شريكه، ولزمه تدبير جميعه؛
لأنه يعيبه ولا يتقاوماه وكانت المقاومة^(٤) عند مالك ضعيفة؛ لأن الحكم تعين فى
جهة المدبر والمقاومة تبطله، وتنقل^(٥) الولاء .

(١) فى ط: تقاوما فى الآجال .

(٢) تقدم .

(٣) فى ط: يسلم .

(٤) فى ط: المقاومة .

(٥) فى ط: ينقل .

فرع: فى الكتاب: إذا أعتق معسر، ثم قام عليه شريكه عند يسره: قال مالك: يقوم عليه.

ثم قال: إن كان يوم العتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام؛ لأنه لا يقوم عليه - [لا يقوم عليه]^(١)، وأما لو كان العبد غائبًا فلم يقيم حتى أيسر؛ يقوم^(٢) عليه، بخلاف الحاضر؛ لأن الغيبة مانعة.

وإن أعتق فى يسره، ثم قام^(٣) عليه فى عسره، فلا يقوم عليه؛ لأن المعتبر فى التقويم حالة الحكم.

فإن أعتق فى يسره فقال الشريك: أقوم عليه، ثم قال: أعتق، لم يكن له إلا التقويم.

قال ابن يونس: قال محمد: لا يقوم الغائب ولا المفقود.

قال ابن القاسم: يقوم الغائب الذى يجوز فى اشتراط النقد، فيقوم إن عرف موضعه وصفته، ويفتقر التقويم لجواز البيع.

قال ابن حبيب: لا يقوم حتى يعرض على المتمسك، فإن أعتق فذلك له؛ لأنه أولى بنفع ملكه.

قال أشهب: إذا أعتق موسرًا فقلت: أقوم عليه، فلما قمت وجدته معدماً، فهو عتيق عليه، وتتبعه^(٤) بالقيمة؛ لأنك^(٥) ضمته فى وقت لك تضمينه، كمن أعتق وعليه دين عنده وفاء به.

وقال ابن القاسم: تأخذ نصف العبد لعسره.

قال اللخمي: التقويم يجب إذا كان المعتق والمال والعبد والشريك حضورًا، فإن غاب أحدهم غيبة قريبة آخر التقويم حتى يقدم المعتق أو العبد أو المال، ويكاتب الشريك الذى لم يعتق فيعتق، أو يقوم، ويمتنع الشريك من البيع، فإن وقع فالأحسن: عدم النقص.

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: ليقوم.

(٣) فى ط: قيم.

(٤) فى ط: يتبعه.

(٥) فى ط: لأنه.

وإن غاب الشريك غيبة بعيدة قوم العبد، ولا مقال له إذا قدم فقال: أنا أعتق؛ لتقدم الحكم بالتقويم، وإن فلس المعتق بيع للغرماء، ولا يكمل العتق. فرع: في الكتاب: إذا دبر أحدهما جنيناً أمتهما تقاوماه^(١) بعد الوضع، فإن أعتق الجنين أو دبره، وأعتق الآخر نصيبه من الجارية، قومت عليه، وبطل تدبير الآخر وعتقه للجنين.

فرع: في الكتاب: إذا أعتق موسر، ثم باع الآخر نصيبه، نقض البيع وقوم، فإن كان المعتق معسراً والعبد غائب، فباع المعسر حصته على الصفة، وتواضعا الثمن فقبضه المبتاع، وقدم به، والمعتق ملئ، أو لم يقدم به، إلا أن العبد علم موضعه، فخاصم في موضعه، والمعتق قد أيسر، فإن البيع ينقض ويقوم على المعتق. قال ابن يونس: يريد: كان بموضع قريب يجوز فيه النقد.

فرع: في الكتاب: إن أعتق صحيح فلم يقوم عليه حتى مرض، قوم في الثلث. وكذلك أعتق نصف عبده، قال غيره فيهما: لا يقوم؛ لأنه لا يدخل حكم الصحة في حكم المرض.

قالا: وإن لم يعلم بذلك إلا بعد موته فلا تقويم، لأنه قال: المال والفلس كالموت.

قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا أعتق في صحته، ولم يعلم به حتى مرض، حكم الآن عليه بالتقويم، ويوقف المال لحياته أو موته، وينفذ الحكم عليه في ذلك، فإن صح لزمته تلك القيمة، أو مات فمن الثلث، أو ما حمله الثلث، ويبدأ على الوصايا.

قال ابن عبد الحكم: لا يقوم في المرض، ويوقف أبداً، و^(٢) إن أضر ذلك بشريكه حتى يموت، فيعتق ما بقي من ثلثه، أو يصح فمن رأس ماله، إلا أن يعتق معه الشريك.

قال مالك: وإن لم يعلم بذلك إلا بعد الموت أو الفلس، لم يعتق منه إلا ما عتق.

قال أشهب: إن مات بقرب ذلك قوم في رأس المال؛ لأنه حق لشريكه لم يفرط

(١) في ط: تقاوماه.

(٢) في ط: أو.

فيه، وإن فرط لم يعتق في ثلث ولا غيره، وقاله مالك.
قال سحنون: لا يقوم وإن مات بقرب ذلك.
وعن مالك: إن أعتق بعض عبده في صحته، فلم يتم عليه حتى مات مكانه أو
أفلس، لم يعتق منه إلا ما عتق.
قال سحنون: وهو قول أصحابنا جميعاً.

فرع: في الكتاب: إذا أعتق المعسر؛ ورفع للإمام فلم يقوم لعسره، ثم أيسر
فاشترى حصته^(١) شريكه، لم يعتق عليه؛ لبطلان حق الشريك مع تقدم الحكم، ولو
لم ينظر في أمره بعد الرفع لقوم.
قال ابن يونس: أجمع أصحابنا أن معتق الشقص يكون العبد بتقويم الإمام عليه
حرّاً بغير إحداث حكم.

فرع: في الكتاب: أعتق بعض عبده أو أم ولده عتق باقيهما؛ لأنه إذا استكمل
عليه ملك غيره فأولى ملك نفسه، فإن فقد لم يعتق باقيه في ماله، ووقف ما رق منه
كماله إلى أمد لا يحيا إلى مثله فيكون لوارثه يومئذ، إلا أن يثبت وفاته قبل ذلك،
فيكون لوارثه يوم يصح موته.

قال ابن يونس: وعن مالك: إن فقد بقرب العتق قوم عليه في ماله الحاضر؛ لأنه
يتهم في الفرار، وإن تباعد لم يقوم عليه؛ لقيام الشك في حياته.

وقال محمد: يتلوم في المفقود بأجل يختبر فيه حاله، فإن لم يظهر مكن
المستمسك من حصته للبيع أو غيره، فإن جاء أو علمت حياته وله مال حاضر،
نقض البيع وقوم عليه، ولو فقد العبد، أو كان غائباً يعلم مكانه لم يغرم إلا
بحضرته، بخلاف بيع الغائب على الصفة؛ لأن ذلك لا يجوز النقد فيه، وعتق هذه
على الصفة إنما هو على النقد لا بد منه؛ لأن عتقه كالقبض فلا يعتق أبداً إلا بدفع
القيمة، وإن فقد المستمسك بالرق والعبد والمعتق حاضراً، قال محمد: لا يضر
فقطه وقوم وضمت قيمته مع سائر المفقود.

فرع في الكتاب: إذا أعتق المريض بعض عبده أو نصيبه من عبده، وماله مأمون،
عتق عليه الآن جميعه، وقوم نصيب شريكه؛ لوجود سبب ذلك، أو غير مأمون لم

(١) في ط: حصته.

يعتق عليه نصيبه ونصيب شريكه إلا بعد موته، فيعتق عليه نصيبه^(١) في ثلثه، ويقوم نصيب شريكه؛ لأنه لا يعلم خروجه من الثلث، وإن لم يحمله الثلث عتق مبلغه ورق ما بقى، فإن عاش لزمه عتق نصيبه؛ لبيان زوال الحجر.

ولو أوصى المريض بعتق نصيبه بعد الموت، لم يقوم عليه نصيب شريكه، وماله مأمون أو غير مأمون؛ لانتقال المال للوارث وهو لم يعتق، ولأن بطل عبده في مرضه وماله مأمون عجل عتقه، أو غير مأمون وهو يخرج من ثلثه وقف عتقه حتى يقوم بعد الموت في الثلث.

وما المال المأمون إلا العقار والأرض والنخل.

وعن مالك في المبطل في المرض قول ثان: أنه عبد حتى يعتق بعد الموت في الثلث؛ لأنه يجرى مجرى الوصايا، وهى ما تعتبر بعد الموت، ثم رجع عنه إلى ما تقدم.

في التنبيهات: عن مالك قول ثالث: إذا بطل شقصه في مرضه يقوم عليه، له مال مأمون أم لا.

وظاهره: يقوم عليه الآن، ولا يعتق إلا بعد الموت.

وعنه قول رابع: لا يعتق عليه إن مات إلا شقصه فقط، إلا أن يصح فيقوم، إلا أن يكون له مال مأمون فيقوم.

وخامس: يخير الشريك بين التقويم وقبض الثمن، ويبقى كله للمعتق موقوفاً، فإن مات عتق عليه في ثلثه، أو ما حمّله، ويرق الباقي للوارث، وإن شاء تمسك^(٢) الشريك حتى يموت شريكه فيقوم في ثلثه.

قال اللخمي: إن كان المرض بفور العتق ففي الاستكمال ثلاثة أقوال:

فمن مالك: من رأس المال أعتق بعض عبده أو نصيباً من عبد مشترك.

ومن رأس المال عند أشهب في المشترك دون ما هو جميعه له.

ولا في رأس المال ولا ثلث، قاله المغيرة^(٣) في المدونة. و [إذا]^(٤) أعتق شقصاً

(١) في ط: جميعه.

(٢) في ط: تماسك.

(٣) في ط: الغير.

(٤) سقط في ط.

منه فى مرضه كما عليه، وبقي الأمر موقوفًا إن صح فمن رأس المال، أو مات ففى الثلث.

قال عبد الملك: إذا أعتق نصيبه فى مرضه بتلاً، لا يقوم عليه حتى يصح، وإن مات لم يقوم عليه، وإن حمّله الثلث؛ لأن التقويم لا يلزم إلا فيما يفضى إلى حرية ناجزة أو أجل قريب لا يردّه دين، وهذا يردّه الدين، إلا أن تكون أموالاً مأمونة، فيقوم حينئذ، ويعجل العتق.

وإن أوصى بعتق بعض عبده بعد الموت، قال مالك: لا يقوم؛ لانتقال المال للوارث، ولو أعتقه الآن وأوصى بتكميله لزم شريكه وإن أبى الآن التكميل. وفى الجلاب قول: أنه يكمل عليه فى ثلثه وإن لم يوص به.

فرع فى الكتاب: إذا لم يقوم حتى مات العبد عن مال فهو للمتمسك فلا رق؛ لأنه رقيق، ولا يقوم بعد العتق؛ لأنه لا يقبل القيمة، فإن كانا اثنين فالمال بينهما بقدر ملكهما فيه.

قال يونس: قال مالك: إذا أعتق أحدهم وكاتب الثانى وتمسك^(١) الثالث بالرق، فمات العبد، فماله بين المتمسك والمكاتب، ويرد ما أخذ من الكتابة؛ لأنه رقيق لهما.

قال ابن القاسم: إن أعتق أحدهما معسرًا فولد للعبد من أمته ولد فهو بمنزلة: نصفه حر، ونصف للمالك نصف أبيه، فإن أعتق المتمسك حصته من الولد، ثم مات الولد عن مال لم يعتق أبوه، فولأؤه وماله بين الشريكين.

وفى كتاب ابن سحنون: لو أعتق العبد المعتق نصفه عبدًا بإذن مالك نصفه، فمات العبد عن مال، فماله بين السيدين دون العبد الذى نصفه حر.

وعن ابن القاسم: أنه للمتمسك بالرق خاصة.

فرع فى الكتاب: إذا أعتق نصيبه إلى أجل: قوم عليه الآن، ولا يعتق حتى يحل الأجل؛ لأنه مقتضى لفظه.

قال غيره: إن شاء تعجل القيمة أو أخرها، وإن مات العبد عن مال أو قتل، فقيمته وماله بينهما؛ لأن عتق النصف لا يتم حتى يمضى الأجل.

(١) فى ط: تماسك.

وإن أعتقت جنين أمة بينكما موسراً قوم عليك بعد الوضع، وإن جنى عليه فألقى ميتاً: ففيه ما فى جنين الأمة، وهو بينكما دون إخوته الأحرار؛ لأنه رقيق قبل الوضع.

قال اللخمي: إذا أعتق إلى أجل، ولم يوجد له الآن شيء، فللشريك البيع وغيره.

قال ابن سحنون: ولو قيل: لا يقوم إلا عند الأجل لم أعبه إن قرب الأجل أو بعد، وعن مالك: يخير المتمسك فى التقويم أو التمسك^(١) إلى الأجل فإذا حل كان كمن ابتدأ عتقاً يعمل فيه بسنة التقويم.

وقال عبد الملك: يخير بين التقويم الساعة، ويأخذ القيمة للضرر الذى أدخل كله، ويعتق كله إلى الأجل بالحكم، أو يتمسك^(٢) تغليياً لحقه؛ لعدم تعين العتق بموت المعتق قبل الأجل تغليياً لحقه، ولا يبيع قبل الأجل إلا من المعتق؛ لأن بيعه من غير عذر، وإن أتى الأجل وهو موسر فله القيمة، أو معسر أخذ نصف العبد، ولو أعتق الأول إلى سنة، والثانى إلى ستة أشهر، لم يقوم على واحد منهما؛ لاستوائهما فى العتق كما لو بتلا، فإن أعتق الثانى إلى سنتين: فعلى التقويم الآن وعدم الخيار خير الثانى فى إسقاط السنة الزائدة؛ فيصير عتقه إلى أجل صاحبه، وإلا رد عتقه، وعلى القول بالخيار بين تعجيل التقويم وتأخيرها إلى السنة: لا يؤخر إلى حلولها، فإن حلت - والأول معسر - نفذ عتق الثانى إلى السنتين، أو موسر: خير حيثئذ بين إسقاط السنة أو يقوم على الأول.

وإن أعتق الأول إلى سنة، والثانى إلى موت فلان، وقف الأمر: فإن مات فلان عتق نصيب الثانى، ويقف عتق الأول^(٣) إلى تمام السنة، أو انقضت^(٤) السنة قبل موته؛ [فإذا أن يعجل]^(٥) الثانى عتقه أو يقوم على الأول.

وإن أعتق الأول إلى موت فلان، والثانى إلى سنة، مضى العتاق الآن على شرطهما، فإن مات فلان قبل السنة: فإذا أن يعجل الثانى عتق نصيبه أو يقوم، أو

(١) فى ط: التماسك.

(٢) فى ط: يتماسك.

(٣) فى ط: الثانى.

(٤) فى ط: نقصت.

(٥) فى ط: فأما إن تعجل.

انقضت السنة قبل عتق نصيب الثاني، بقى الأول إلى موت فلان، وإنما يراعى فى هذا يسر الأول وعسره عند ذهاب العتق فى نصيبه قبل نفاذ عتق الثانى دون حاله يوم العتق.

فإن أعتق الأول إلى موت زيد، والثانى إلى موت عمرو، ومات عمرو - عتق ما علق عليه، وبقي الآخر حتى يموت زيد، وإن مات زيد الأول عتق نصيب الأول، والثانى إما أن يعجل عتق نصيبه أو يقوم.

فإن أعتق أحدهما إلى موت نفسه والآخر إلى موت فلان، فمات فلان أعتق نصيب من علق العتق بموته، ثم ينظر: فإن كان المشترط بموته [أولاً، قيل للآخر]^(١) إما أن تعجل عتق نصيبك أو يقوم^(٢) على شريكك.

وإن كان التدبير قبل وحمل الثلث ذلك النصيب عتق، ويقف الآخر إلى موت فلان؛ لأنه لا تقويم على ميت، فإن كان على الميت دين يرقه، قوم نصيب الميت على الحى، وإن لم يكن عليه دين ولم يحمله الثلث عتق ما حملة الثلث، فاستكمل نفسه على الآخر؛ لأنه أعتق من سبق فيه العتق من غيره.

وإن مات فلان قبل والتدبير سابق: أعتق من علق التقويم بموته، ثم يختلف فى نصيب المدبر هل ينتقض التدبير ويكمل على المعتق أو لا؟ لأن العتق أكد من التدبير.

وفى الجواهر: إن أعتق الأول إلى سنة، وعجل الثانى: قال ابن القاسم: تقوم خدمته إلى سنة، فتؤخذ من الذى عجل، ثم رجع فقال: يقضى عليه بعتق نصفه الآن، وينصفه إلى سنة، ولا يؤخذ من هذا قيمة خدمته وولائه.

فإن بطل الأول وأجل الثانى: قال ابن القاسم: يفسخ ويضمن للشريك حصته، ويدفع له القيمة، ويتنجز العتق.

وقال الشيخ ابن القاسم: إن أعتق الثانى أو كاتب أو دبر، وشريكه موسر، لم يكن له ذلك، وإن كان معسرًا فله.

تمهيد:

(١) فى ط: أولاً قبل الآخر.

(٢) فى ط: قوم.

فى الجواهر: إذا أعتق نصيبه ففى عتق نصيب شريكه بالسراية أو بالحكم روايتان، وللتقويم: ثلاثة شروط:

اليسار، والمريض موسر فى قدر الثلث، والميت معسر مطلقاً، وإن رضيت باتباع المعسر لم يكن لك ذلك عند ابن القاسم.

وفى كتاب محمد له^(١) ذلك، وإن عتق^(٢) باختياره، فلو ورث نصف قريبه لم يقوم، بخلاف الهبة والشراء.

وفى المتقى: إن وهبت له قبله كمل عليه، وإن لم يقبله عتق الحر وحده قاله مالك؛ لأن القبول سبب فى الضرر.

وقال عبد الملك: لا يقوم مطلقاً، ويعتق ذلك الحر مطلقاً؛ لأن ترك القبول إضرار بالقبول: وفى عدم القبول بالميراث، ولم يحك غير ذلك.

وفى الجواهر: سَوَّى^(٣) بين الهبة مطلقاً وبين الشراء.

قال فى الجواهر: الشرط الثالث: إن توجه العتق إلى نصيب نفسه أو الجميع، حق بتوجه العتق لنصيبه.

ولو قال: أعتقت نصيب شريكى لغا^(٤)، وأظهر الروايتين أن العتق إنما يحصل بالتقويم ودفع القيمة للشريك، ويتفرع على الروايتين زمن اعتبار القيمة: فعلى أظهرهما يوم الحكم إذا قصد عتق نصيبه، فإن عم فى جملة العبد فيوم العتق.

وقال عبد الملك: يوم الحكم كالمعتق نصيبه خاصة، ويتفرع [على]^(٥) عتق الشريك لنصيبه بنفذ على الأصح: أن العتق بالحكم ولم يوجد، وعلى رواية العتق بالسراية، لا ينفذ، وكذلك يبعه لحصته، وعلى المشهور: يقوم للمشتري كما يقوم للبائع، وكذلك جميع أحكامه تنخرج على الروايتين من جنايته وحدوده وغير ذلك.

فرع: فى الجواهر: إذا أعتق بعض عبده إلى أجل: قال مالك: يقوم عليه الآن، فيعتق إلى أجل.

(١) فى ط: لك.

(٢) فى ط: يعتق.

(٣) فى ط: سواء.

(٤) فى ط: لغا.

(٥) سقط فى ط.

الخاصية الثانية^(١): عتق القرابة، وفي الجواهر: من دخل في ملكه أحد عمودى النسب: أصوله وفصوله: الآباء، والأمهات، والأجداد، والجندات، وآباؤهم، وأمهاتهم من قبل الأب والأم وإن علوا، وفصوله: العمود الأسفل: الولد، [و]^(٢) ولد الولد ذكورهم وإنثاهم وإن سفلوا: أعتقوا عليه، دخلوا قهرًا بالإرث أو اختيارًا، وكذلك أجنحته^(٣) إخوته وأخواته من أى جهة كانوا، دون أولادهم، وهم أهل الفرائض فى كتاب الله تعالى؛ قاله فى الكتاب.

قال عبد الحق: ومراده: الإخوة؛ لأن الجد لأم يعتق ولا يرث، وكذلك أولاد البنات.

وروى ابن وهب: العم خاصة.

وروى: كل ذى رحم محرم عليه بالنسب، وهو كل من لو كان امرأة حرمت عليه، وقاله (ح) وابن حنبل.

وروى: لا يعتق إلا الأصول والفصول خاصة، وهو مذهب (ش).

قال داود: لا يعتق أحد بالملك ولا يلزم؛ لقول النبى ﷺ: «لَا يَجْزَى وَلَدٌ وَالِدَهُ، إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ رَقِيقًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»^(٤).

ولأن الأصل: عدم العتق.

وجواب الأول: أن الفاء ههنا للسببية، أى: يعتقه بسبب ملكه؛ لقوله ﷺ: «النَّاسُ عَادِيَانِ، فَبَائِعُ نَفْسِهِ فَمُوبِقُهَا، وَمُشْتَرٍ نَفْسَهُ فَمُعْتِقُهَا»^(٥) ولم يرد مباشرة باللفظ العتق بالتسبب بالطاعة.

وعن الثانى: أن الأصل: تقدم الملك؛ فيعتق، ثم إنه معارض لقوله تعالى:

(١) لم يذكر الأولى.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: أجنحه.

(٤) أخرجه مسلم (١١٤٨/٢) كتاب العتق: باب فضل عتق الوالد (٢٥-١٥١٠)، وأبو داود (٣٣٥/٤) كتاب الأدب: باب فى بر الوالدين (٥١٣٧)، والترمذى (٢٧٨/٤) كتاب البر والصلة: باب ما جاء فى حق الوالدين (١٩٠٦)، وابن ماجه (١٢٠٧/٢) كتاب الأدب: باب بر الوالدين (٣٦٥٩)، وأحمد فى المسند (٢/٢٣٠)، والبيهقى (٢٨٩/١٠).

(٥) أخرجه أحمد فى المسند (٣/٣٢١)، والحاكم فى المستدرک (٤/٤٢٢) وصححه، ووافقه الذهبى. من حديث جابر بن عبد الله، وأصله فى صحيح مسلم عن أبى مالك الأشعرى (٢٢٣/١).

﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَنَهُ بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ﴾ [الأنبياء: ٢٦] فأخبر بعدم
الولدية؛ لأجل ثبوت العبودية؛ فدل على أنهما^(١) متنافيان.
وقوله تعالى: ﴿وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا لَقَدْ جِئْتُمْ شَيْئًا إِدًّا﴾ - إلى قوله -: ﴿إِنْ
كُنْ مِنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ إِلَّا إِلَىٰ الرَّحْمَنِ عَبْدًا﴾ [مريم: ٩٣].
وفى الترمذى: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَجِمَ فَهُوَ حُرٌّ».
ولنا على (ح): أنه إنما يتمسك بظاهر الحديث المتقدم «مَنْ مَلَكَ ذَا رَجِمَ»، وهو
مطعون عليه، وبالقياص على الأصول والفصول.
والفرق: أنهما اختصا بأحكام من رد الشهادة والحجب فى الإرث والتعصيب،
ويجب من الأب والابن والأخ ما لا يجب لغيره إجماعاً.
ولنا على (ش): أن الإخوة يحجبون الأم فأشبهوا الولد.
ولأنهم يرثون بالفرض ويرثون مع الجد.
احتجوا: بأنهم لا بغضية^(٢) بينهم ترد بها الشهادة، ولا تجب بها النفقة؛ فلا يعتق
كابن العم.

ولأن الأخ متردد بين العمودين وبين ابن العم؛ فيلحق بأقربهما إليه، والأب مع
الابن يمتنع القود بينهما، ودفع الزكاة إليه والنفقة ومنع الشهادة، وليس بين الأخ
وأخيه شيء من ذلك، فإلحاقه^(٣) بابن العم أولى.
والجواب عن الأول: لا يلزم من عدم بغضية^(٤) عدم سبب العتق؛ لأن علل
الشرع يخلف بعضها بعضاً، والفرق بينه وبين ابن العم: ما تقدم.
والجواب عن الثانى: أنه قد تقدم أن للأخ مع أخيه أحكاماً نحو حجب الأم،
والإرث مع الجد، وفرض الواحدة النصف كالبنات، فردّه إلى الأب بهذه الأحكام
أولى من ابن العم.
تفريع:

فى الكتاب: إذا اشتري بعض من يعتق عليه ممن يملك جميعه، أو ممن ملك

(١) فى ط: أنها.

(٢) فى ط: بغضية.

(٣) فى ط: فالحاجة.

(٤) فى ط: البغضية.

بعضه بإذن من له بقيته، أو بغير أذنه، أو قبله من واهب أو موص^(١) أو متصدق، أو ملكه بأمر لو شاء دفعه عن نفسه فعل - فإنه يعتق عليه ما ملكه، ويقوم عليه باقيه إن كان ملياً، وإلا فما ملك، ويخدم مسترق باقيه بقدر ما رق منه، ويعمل لنفسه بقدر ما عتق منه، ويوقف ماله في يده.

وإن ابتعت مع أجنبي أباك في صفقة جاز، وعتق عليك، وضمنت للأجنبي قيمة نصيبه.

وإن ورثت شقصاً منه، فلا يعتق إلا ما ورثت؛ لأنك لا تقدر على دفع الميراث. وإن وهب لصغير أخاه قبله أبوه^(٢) جاز ذلك، وعتق على الابن. وإن أوصى لصغير ببعض من يعتق عليه أو ورثه، فقبل ذلك أبوه أو وصيه، فإنما يعتق عليه ذلك، ولا يقوم على الصبي بقيته، ولا على الأب، ولا الوصي، وإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي؛ لوجود سبب العتق، وكل من جاز بيعه وشراؤه على الصبي، فقبوله له الهبة جائز.

إذا ملك العبد المأذون من يعتق على الحر لم يبعه إلا بإذن سيده، ولا يبيع^(٣) أم ولده إلا بإذن سيده؛ لتعلق حق السيد بما في يده، وإن عتق وفي يده من يعتق عليه عتق عليه، وتبقى أم ولده أمة له؛ لصحة الملك فيها.

وإن اشترى المأذون قريب سيده الذي يعتق على سيده لو ملكه، والعبد لا يعلم بذلك، عتق؛ لوجود السبب، إلا أن يكون على المأذون دين يغترقهم.

وفي التنبيهات: قال سحنون: معناه اشتراهم بإذن سيده، وفي مراعاة علمه قولان: فعن ابن القاسم: يعتقون علم أو لا.

[و]^(٤) في النكت: إنما افترقت مسألة من اشترى هو وأجنبي أباه عن^(٥) مسألة من أعتق شركاً له من عبد وهو موسر، ثم باع صاحبه نصيبه: أن التقويم يجب ههنا في العبد قبل بيع الشريك؛ لدخول المشتري على فساد؛ لأنه لا يؤدي ثمناً؛ لياخذ قيمة

(١) في ط: مرض.

(٢) في ط: أخوه.

(٣) في ط: يتبع.

(٤) سقط في ط.

(٥) في ط: من.

مجهولة، ومسألة الأب لا يجب التقويم قبل الشراء، إلا أنه لا يلزم العتق إلا بثبوت الشراء.

قال سحنون: كيف يجوز هذا الشراء والأجنبي لا يدري ما يحصل له، هل نصف الأب أو نصف قيمته التي رجع بها على الابن؟
قال عبد الحق: ويحتمل قول ابن القاسم: أنه لم يعلم أنه أبوه؛ فلم يدخل على الفساد، وعلل منع المأذون بيع أم ولده إلا بإذن سيده: بأنها قد تكون حاملاً وحملها ملك السيد؛ فلا يبيعه إلا بإذنه.

أو لأنها تكون له أم ولد إذا عتق على قول قائل، فإن باع بغير إذنه: قيل: لم يفسخ إن لم يظهر بها حمل، وإن باع من يعتق عليه بغير إذن سيده فسخ بيعه؛ لأنه يعتق عليه إن بقى فى يده حتى يعتق.

قال: وعلى ما علل به أم الولد لا يبيع^(١) أمته التي يطؤها إلا بإذن سيده.
وفرق ابن مكناس^(٢): بأن أم الولد أوقفها الأولاد بخلاف الأمة.
قال ابن يونس فى كتاب أمهات الأولاد: إذا أوصى له ببعض أبيه فقبله، قوم عليه بآقيه، أو رده بطلت الوصية.

وقال ابن القاسم: يعتق ذلك الشقص فقط، وقاله مالك؛ لأن رده بالقرب من غير فائدة.

قال مالك: إن اشترى بعض ما بقى بعد الإرث لم يعتق إلا ما ورث واشترى، وكذلك لو وهب له بعض الباقي؛ قاله مالك وأصحابه إلا ابن نافع قال: يقوم عليه الباقي.

والمدبر والمعتق إلى أجل إذا ملك أباه، لا يتبعه إلا بإذن سيده، ما لم يمرض سيد المدبر، أو يقرب أجل المعتق؛ فيمتنع إذن السيد؛ لأنه لا يملك حينئذ انتزاعه، وليس له بيع ما ولد للمدبر أو المعتق إلى أجل بعد عقد ذلك فيهما، وإن أذن السيد؛ لأن الولد يدخل فى العقد متأخراً عنه.

قال محمد: والمعتق بعضه يشتري ذلك بإذن السيد فلا يبيعه، وإن أذن السيد،

(١) فى ط: يتبع.

(٢) فى ط: ابن مناس.

وإن أذنت للمكاتب فى شراء من يعتق على الحر، فإنهم يدخلون معه فى الكتابة. وقيل: لا يدخل إلا الولد والوالد.

وإذا اشترى من يعتق على سيده: قال غير ابن القاسم: إن كان على المأذون دين يحيط بماله عتقوا، ويغرم سيده الثمن لأجل الدين، فإن كان غير مأذون فلا يعتقون، ويرد الشراء.

قال ابن القاسم: للمكاتب ملك أبوى سيده وبيعهما، ووطء الأم، فإن عجز عتق من بيده ممن يعتق على سيده.

قال اللخمي: اختلف هل يعتق القريب بالملك أو الحكم؟ وعلى الثانى: هل له انتزاع ماله قبل العتق؟ فعن مالك: يعتق بالملك.

قال: والأحسن فى الأبوين عتقهم بنفس الملك؛ لاتفاق فقهاء الأمصار على عتقهم بخلاف الإخوة؛ للخلاف فيهم.

فرع فى الكتاب: إن اشترت أباك بالخيار إن كان للبائع، لم يعتق إلا بعد زوال الخيار.

قال ابن يونس: قال مالك: إن اشترى من لا يعتق من اشتراه من ذوى محارمه من الرضاعة أو الصهارة يبيعهم^(١) إن شاء.

قال عبد الملك: إن اشترى من يعتق عليه بيعا حراما، لم يفسخ شراؤه، وعتق عليه؛ لأن العتق الاختيارى يفيت البيع الفاسد، فالاضطرارى أولى، وقاله ابن القاسم، فإن لم يكن دفع الثمن، ولا مال له غيره، بيع منه بالأقل من القيمة أو الثمن، وعتق الباقي؛ لأن القيمة إن كانت أقل فهي التى وجبت لفساد البيع، أو الثمن: فالزائد من القيمة إنما يلزم بعد العتق، فهو دين طرأ بعد العتق؛ فيتبع به فى الذمة؛ قاله ابن القاسم.

قال عبد الملك: إن اشترى أباه على عهدة الإسلام فهو حر بعقد الشراء، ولا عهدة فيه.

قال ابن القاسم: وإن حبس البائع الأب بالثمن فهلك فهو حر بالعقد، وإن اشتراه

(١) فى ط: يتبعهم.

وعليه دين بيع فى دينه، وكذلك إن ورثه وعليه دين عند ابن القاسم؛ لأن الدين مقدم على الإحسان إلى القريب، بخلاف الهبة والصدقة؛ لأنه لم يبدل [. . .]^(١) فيهما بفتح الميم وسكون التاء^(٢) وهو التمثيل والنكال. قال: ولم يختلف المذهب أن إزالة عضو منه وإن قل كالظفر، مثله إلا فى السن الواحدة.

وإن شوهه من غير تنقيص، نحو: كى الوجه: فأصلهم العتق، وعليه ما فى الكتاب، أو حرق بالنار، ولم يشترط ما اشترطه فى الفرج، والأشبه أن قوله: فى الفرج، تفسير ووافق، وراعى المدنيون حلق الرأس فى العلى؛ لأنه مثله فيهم، واختلف فى حلق شعر المرأة هل يطلق به أم لا؟ وسجله^(٣): بفتح السين المهملة. وزنباع: بكسر الزاى.

وسندر: بفتح السين المهملة، وسكون النون وفتح الدال^(٤) المهملة. ومعنى: «مولى الله ورسوله»، أى: عتق بحكمهما، وقيل: ناصراه على من فعل ذلك.

قال ابن يونس: قال مالك: إن قطع أناملته، أو أذنه، أو أرنبته، أو سنه، أو بعض جسده - عتق عليه وعوقب.

قال أشهب: ويسجن.

قال مطرف: أو خزم أنفه، أو سود أذنه.

قال أصبغ: من جلل الأسنان أو الأضراس.

قال ابن وهب: إذا عرف بالإباق، فوسمه فى بعض جبهته: أنه عبد فلان، عتق عليه، ولو وسمه بمداد أو إبرة عتق، خلافاً لأشهب.

قال ابن وهب: ويؤدب فى حلق الرأس واللحية.

قال محمد: ولا يعتق بالمعض فى الجسد، ولكن يباع عليه.

(١) بياض فى ط. وتنظر المدونة (٢/٤٤٥).

(٢) فى ط: وسكون التاء.

(٣) هكذا فى أ، ط. وتنظر المدونة (٢/٤٤٤).

(٤) فى ط: وفتح الراء.

قال أشهب: ما لم يقطع بذلك شيئاً من جسده يبين منه .
قال مالك: ولا يعتق بالمثلثة إلا بعد الحكم، خلافاً لأشهب .
وعنه: المثلثة المشهورة لا تفتقر لحكم، بخلاف^(١) ما يشك فيها .
وفى طرق^(٢) الحديث: «مَنْ مَثَلَ بِعَبْدِهِ فَأَعْتَقُوهُ»^(٣)، ولم يقل: «هو حر»، وعلى
هذا إذا مات لا يعتق على الورثة، وإذا رفع للإمام وعليه دين محيط به بيع، وإن
فلس أو مات .

قال سحنون: لا يعتق لسبي .
وقال سحنون: وإن ضرب رأسه فتزل الماء في عينيه فليس بمثلثة، وإذا عتق تبعه
ماله .

وقال أصبغ: إن استنائه عندما مثل، أو بعد المثلثة، قبل الحكم عليه بعتقه، وقبل
أن يشرف على الحكم - فذلك له، وأما عند الحكم فلا؛ لأنه قبل الحكم يورث
بالرق، ويدركه الدين .

قال سحنون: إذا فقا عينه، وقال: خطأ، وقال العبد: عمداً - صدق العبد على
السيد، والمرأة على الزوج، بخلاف الطيب؛ لأنه مأذون له، ثم رجع فقال: يصدق
السيد والزوج؛ لأنهما غارمان^(٤) .

قال اللخمي: يعتبر العمد، وألا يزول الشين، وأن الممثل بالغ صحيح العقل،
وهي ثلاثة أوجه، وفي الأول أربعة أقسام:
يعتق في واحد للعمد على وجه العذاب دون الخطأ، وعمد المداواة وشبه
العمد: كحذفه بسيف فيبين عضواً .

(١) في ط: لخلاف .

(٢) في ط: طريق .

(٣) هو من حديث ابن عمر: أخرجه الحاكم في المستدرک (٣٦٨/٤) وسكت عنه، وتعبه
الذهبي بقوله: حمزة هو النصيب، قال ابن عدي: يضع الحديث. ولفظه (من مثل بعبده فهو
حر وهو مولى الله ورسوله) وأخرجه عن عبدالله بن عمرو: أحمد، والطبراني كما في
مجمع الزوائد للهيتمي (٢٤٢/٤) وقال: ورجاله ثقات وفيه الحجاج بن أرطاة، وهو
مدلس، ولكنه ثقة .

(٤) في ط: عازمان .

قال ابن دينار: إلا أن يقصد المثلة في مثل ما يلقاه^(١) من أبيه؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تهديده دون التمثيل، وإذا احتمل أحلف وترك. وكذلك لا يعتق بضرب الرأس إن نزل الماء؛ لأنه قد لا يقصد نزول الماء، ويصدق السيد، إلا أن يكون معروفاً بالجرأة.

وإن زال الشين، وبقي اليسير لا يعتق. وإن أبطل أنملة أو أصبعاً فلم يبينها لم يعتق؛ لأنه لا يستحق كثير شين^(٢)، ويعتق بإبطال الكف، واستحسن أصبغ العتق بإزالة سنين من الشنايا [لأنهما شين]^(٣)، بخلاف ضرسين.

وفي الموازية: يعتق بقطع طرف الأذن. والأحسن: العتق بإزالة اللحية إذا كان شين^(٤) لا يعود معه. ويعتق على الممثل بستة شروط: أن يكون بالغاً، عاقلاً، حرّاً، رشيداً، مسلماً، لا دين عليه؛ لأن عمداً الصبي والمجنون كالخطأ. واختلف في أربعة: السفية، والمديان، والمريض، وذات الزوج: فأعتق أشهب على السفية والمديون؛ لأنها جناية حدها: العتق. وقال ابن القاسم: لا يعتق عليهم كابتدائهم العتق. وقال في المريض يمثل: العتق عليه إن مات في ثلثه، وعلى ذات الزوج في ثلثها أو ما حمله.

وعلى أصل أشهب: من رأس المال في المريض وذات الزوج، والعتق على العبد أبيض، لأن السيد ملكه فتجرى عليه أحكام الأموال كالحر. قال ابن القاسم: لا يعتق على الذمي كابتدائه العتق، وأعتقه أشهب؛ لأنه من التظالم.

ويعتق بالمثلة: المدبر، والمعتق إلى أجل. وإن مثل بعبد معتقه إلى أجل قبل قرب الأجل، أو عبد مدبره، وأم ولده في

(١) في ط: بقاء.

(٢) في ط: شيء.

(٣) في ط: لأنها سبق.

(٤) في ط: شيء.

صحته - عتق عليه ؛ لأنه انتزاع أموالهم ، بخلاف قرب الأجل ؛ قاله مالك ، ولا يعتق عند ابن القاسم إلا ما يعتق به المعتق إلى أجل .

وعلى قول ابن نافع : كعبد نفسه ، ثم يكون الحكم ؛ لأن له انتزاع ماله ما لم يعتق ، وكذلك عبد المدبر وأم الولد إذا كان في مرضه ، فهما سواء عند مالك وابن القاسم ، وهو كعبد الأجنبي .

وعلى قول ابن نافع كعبد نفسه ، ثم يكون الحكم فيهما كمثله بعبد فيختلف : هل يعتق من رأس المال أو الثلث ؟ فمن جعله من الثلث ، قدم المدبر على الممثل به ؛ لأنه عزره بمثلة الهند أى عتقاً في المرض وله مدبر ، ومن قال : من رأس المال قدمه على المدبر ، وإن سقط التدبير ، وإذا قدم المدبر لم يعتق الممثل ، إلا أن يحمل الثلث قيمتهما .

قال ابن يونس : قال ابن وهب : يعتق على السفية ويتبعه ماله كالإتلاف .

قال مالك : وإذا أعتق أم ولده تبعها [مالها]^(١)

وقال ابن القاسم : يعتق عليه ولا يتبعه ماله .

ثم قال : لا يعتق عليه ، ومن لا ينفذ إعتاقه لا يعتق عليه بالمثلة .

فرع في الكتاب إن مثل بمكاتبه عتق عليه ، وعليه في تلك الجناية ما على الأجنبي ؛ لأنه خارج نفسه وماله ، ويقاص بالأرث في الكتابة ، فإن ساواها عتق ، وإن نافت عليه^(٢) الكتابة عتق ، ولا يتبع ببقيتها^(٣) ، وإن ناف الأرث عليها ، اتبع المكاتب سيده بالفضل ، وعتق .

وإن مثل بعبد مكاتبه ، لم يعتق عليه ، وعليه ما نقصه ؛ لأن المكاتب حاز ماله ، إلا أن يكون مثله مفسدة ، فله تضمينه كالأجنبي ، ويعتق عليه .

وكذلك عبد امرأته مع العقوبة في العمد .

قال اللخمي : إن كان الأرث أقل حاسبه به من آخر نجومه ، والمثلة^(٤) والجرح

سواء .

(١) سقط في ط .

(٢) في ط : عليها .

(٣) في ط : بنفسها .

(٤) في ط : والمثل .

وقال أصبغ: لا يتبع سيده؛ لعدم خلوص حرّيته، وحوزه حالة الجناية. فرع قال اللخمي: مثلته بعبد ولده الصغير كعبد نفسه؛ لاستيلائه على ماله؛ إن كان موسراً بقيمته، أو فقيراً لم يقوم عليه، فجعل ابن القاسم تمثيله ابتداء، قال: وليس بالبين؛ لأنه إذا أعتق ألزم نفسه القيمة، وههنا بحكم القهر الشرعى. ومثلته بعبد ولده الكبير كالأجنبى، إلا أن يكون الولد سفيهاً فى ولايته، فيعتق عليه عند ابن القاسم.

فرع قال: إذا مثل بعبد أجنبى ولم يطل الغرض الذى يكتسب لأجله، فعليه أرش الجناية.

وإن أبطلته الجناية: فثلاثة أقوال:

يقوم على الجانى حرّاً، وإن لم يقم بذلك السيد لم يعتق؛ لأنه حقه. وقيل: يقدم خيار السيد: إن اختار الرجوع بالأرش، صار العبد إليه يغرّم^(١) القيمة؛ لأن الحديث إنما جاء فى مثلته بعبد نفسه.

ولأن العتق يسرع السادات إلى ذلك، والأجنبى لا يسرع لمال غيره. فرع قال ابن يونس: إن مثل بعبد النصرانى: قال ابن القاسم: لا يعتق عليه؛ لأن الحديث وارد فى المسلم وهو قاصر عنه. وقال أشهب: يعتق؛ قياساً على المسلم.

نظائر: قال ابن بشير: شروط العتق بالمثلثة ستة: أن يكون الممثل بالغاً، عاقلاً، مسلماً، حرّاً، رشيداً، مدياناً.

الخاصية الرابعة^(٢): امتناع العتق لحجر المراض أو الدين.

وفى الكتاب: إن أعتقهم فى صحته وعليه دين يغترقهم، لا مال له سواهم - لم يجز عتقه؛ لأن الدين مقدم على التبرع، أو لا يغترقهم، بيع من جميعهم بمقدار الدين بالحصاص لا بالقرعة؛ لتعلق حق الجميع بالعتق، وعتق ما بقى، وإنما القرعة فى الوصايا، وعتق المراض، ولا يجوز لمن أحاط الدين بماله عتق، ولا هبة، ولا صدقة، وإن بعد أجل الدين إلا بإذن غريمه؛ لأن المال تعين لقضاء الدين، وهو

(١) فى ط: بغيرم.

(٢) لم يذكر الخاصية الثالثة.

مقدم على التبرع، وجوزه (ش)؛ لأن الدين متعلق بالذمة.
 وجوابه: لا فائدة في الذمة إذا عدم المال؛ ولذلك شرع التفليس.
 ولا يطاق أمة رد عتقه فيها؛ لأن الغريم إن أجاز عتقه، أو أيسر قبل أن تباع -
 عتقه، ويبيعه، ورهنه، وشراؤه جائز؛ لأنه لا يخل بالمال، بل ينمي^(١).
 وإن باع عبدك سلعتك بأمرك، ثم استحققت بعد عتقه، ولا مال لك فلا رد
 للعتق؛ لأنه دين لحقك بعد العتق.

وإذا أعتقت وعليك دين ولك عرض أو مال غير العبد يفى بالدين، فلم يقم
 الغرماء حتى هلك العرض، فلا يرد العتق وإن لم يعلموا، ولا يباع لهم إلا ما كان
 يباع لهم يوم العتق بعد إدخال المال الكائن يومئذ، وكذلك التدبير؛ لتقدمه على
 حقهم فلم يصادف حرجاً، بخلاف الخلاف، لأنه لا يكتب بعض عبد، ويباع في
 الدين إلا أن تكون الكتابة إن بيعت وبعضها كفافاً للدين، فباع، ولا يرد الكتابة.

قال ابن يونس: قال سحنون: إن وطئ جارية رد الغرماء عتقه فيها، أو وطئ
 جارية أوقفها الحاكم للبيع فحملت، إن عذر بالجهالة لا شيء عليه ولا أدب، وإن
 وضعت ولم يفد^(٢) مالا يبيعت هي، وولدها حر، لأنه سبب قد تقدم الدين عليه،
 ومنع الحاكم والولد على الحرية؛ لأنه ولد السيد من أمته، وكذلك إن وطئها بعد
 الإيقاف^(٣) وقبل العتق، فإذا^(٤) وطئها قبل العتق فحملت لا تباع إلا أن يكون الحاكم
 انتزعها ووقفها للبيع، فوطئها فحملت، فهنا تباع.

قال: والصواب: التسوية بين إيقاف الغرماء والسلطان؛ لأن ضمانها منه في
 الوجهين.

قال: وكذلك عندى لو تشاور الغرماء في تفليسه، فقال: أنا أوقفها بالولادة،
 وشهد على قوله؛ فإنها تباع بعد الوضع؛ لتسببه في إتلاف أموالهم، كبيع العامل
 الميراث.

قال ابن القاسم: إن تصدق، أو أعتق، ثم قام الغرماء وأثبتوا أنه لا وفاء عنده

(١) في ط: لنمي.

(٢) في ط: يعد.

(٣) في ط: الإنفاق.

(٤) في ط: إذا.

حين الصدقة، فإن لم يعلموا بالصدقة ردها الغرماء، وأثبتوا أنه لا وفاء عنده لا الفضل عن دينهم، ولا يرد العتق إن طال زمانه [ووارث الأحرار]^(١)، قال مالك: وترد الصدقة وإن طال الزمان، إلا أن يسرى خلال ذلك، ولا يرد إن أعدم بعد ذلك قبل قيامهم.

قال أصبغ: والتطاول في العتق الذي ربما أتت على السيد أوقات أيسر فيها، وينزل الغرماء على أنهم علموا^(٢) لطول الزمن، ولو تيقنا بشهادة قاطعة عدم اليسار وعدم علمهم لرد^(٣) عتقه، ولو أولد له سبعون ولدًا.

قال ابن عبد الحكم: إن قاموا بعد ثلاث سنين وهم في البلد صدقوا في عدم العلم.

وإن قالوا: علمنا العتق دون عجزه عن الوفاء، يمضى العتق بقدر دين من علم العتق بالحصص.

قال مالك: إن أعتق وله ما يفي بنصف دينه، وأفاده بعد العتق، ثم ذهب، رد من العتق بقدر تمام دينه؛ لأنه متعلق الحجر دون غيره.

قال محمد: وإن أفاد بعد تلف هذا المال بما يفي بنصف دينه -أيضًا- فلم يقيم الغرماء حتى ذهب، فلم يرد من العتق شيء، وقاله ابن القاسم.

وإن أعتق عبيدين معًا وعليه دين مثل نصف قيمتهما، فمات أحدهما فلا يباع من الثاني إلا ما كان يباع^(٤) منه لو لم يفت الآخر، وكذلك لو أعور أحدهما؛ لأنه مقتضى السبب السابق، ولو أعتق واحدًا بعد واحد وفي الأخير كفاف الدين - عتق الأول، أو أقل من الدين بيع من الأول ببقية الدين، وإن لم يبع الآخر حتى نقصت قيمة الآخر بحوالة سوق، أو نقص بدن - لم ينظر لذلك، وعتق الأول، أو ما كان يعتق منه يوم العتق؛ قاله كله ابن القاسم.

قال محمد: إن حالت قيمته بزيادة، ثم نقصت. فليحسب المفلس لدفع قيمته بلغت الآخر، وإن أعتق عبده وعليه ما يفتقر نصف قيمته يوم العتق لم ينظر إلا

(١) كذا في ط.

(٢) في ط: عملوا.

(٣) في ط: فرد.

(٤) في ط: باع.

ما زاد بعد ذلك أو نقص من القيمة، وينفذ عتق مالك الحصة، أما النقص فنعم^(١)، وينبغي في الزيادة إلا تباع إلا بقدر الدين، وذلك يزيد في عتقه.

قال أصبغ: أعتق جارية قيمتها ألف، وعليه تسعمائة، فإن بيع منها للدين لم يكن في بعضها وفاء، وإن بيعت كلها بيعت بأكثر منه^(٢).

قال: تباع كلها، يصنع^(٣) بما بقي من ثمنها بعد قضاء الدين ما شاء، وإن يش أن يباع منها بتسعمائة ولو أكثر من تسعة أعشارها لبيع، وعتقت الفضلة، ولو تأخر بيعها حتى حال سوقها فلا تساوى تسعمائة، فإنما يباع منها اليوم ما يباع قبل ذلك، ويتبع بالباقي في ذمته أو بزيادة لم يبع إلا كفاف الدين بحصول المقصود.

وعن مالك: إذا [بيع]^(٤) بعضه لم يوف بالدين لتعبيه^(٥) بالحرية، [و] إذا بيع كله كان أكثر من الدين، فيباع^(٦) كله، ويستحب جعل الفضل في حرية.

قال ابن عبد الحكم: إن أعتق عبيدين، قيمة كل واحد مائة، وعليه خمسون، وإن بيع من كل واحد جزء، لم يكف الدين؛ لدخول الحرية، وإن بيع كل واحد منهما كان ثمنه أكثر من الدين، فيقرع بينهما، فيباع الخارج بالقرعة، ويصنع بفضل ثمنه ما شاء، ويعتق الآخر.

قال ابن عبد الحكم: وكذلك إن مات عن مدبر قيمته مائة، وعليه عشرون، وإن بيع جزء بالدين لم يبلغ الدين، فيباع كله ويقضى الدين ويفعل الوارث بالفاضل ما شاء؛ لأنه مال أذن إليه بالأحكام فلا عتق فيه.

قال سحنون: يباع على التبعض، فيقال من يشتري منه بعشرين؟ فيقال: زيد أخذ ربه، ويقول آجره^(٧) حتى ينتهى، فهو العدل.

قال محمد: إن أعتقهم وعليه دين يحيط ببعضهم، فلم يعلم الغرماء حتى ادان ما يحيط ببقيتهم، قال ابن القاسم: لا يباع إلا قدر الدين الأول بفلسه؛ لأنه الذي

(١) في ط: فعم.

(٢) في ط: منها.

(٣) في ط: يمنع.

(٤) سقط في ط.

(٥) في ط: لتعنيه.

(٦) في ط: يباع.

(٧) في ط: أخرجه.

تقدم العتق.

وقال أشهب: يباعون كلهم حتى يستوفى الأول والآخر؛ لأنه إذا دخل الآخر مع الأول لم يستوف الأول حتى يستوعب الجميع.
والصواب: لا يباع الأول، ويدخل الآخر.

قال ابن القاسم: إن دبره وعليه دين يحيط ببعضه، ثم ادان ما يغترقه، بيع بقدر الدين الأول ما حله الدين الأول، ولا يدخل فيه الآخر، ولا يباع له شيء وقد بقي له ما يباع بعد موت السيد.

وإن ابتاع يبعًا فاسدًا، وأعتق قبل دفع الثمن، وقيمه أكثر، وليس له غيره - قال أشهب: يرد منه قدر الثمن؛ لأن القيمة تحددت بعد العتق، وقاله ابن القاسم.
قال اللخمي: إذا بيع الجميع؛ لأن البعض لا يوفى منه بالدين لتعييه^(١) بالحرية - وجب جعل الفضل في عتق.

وإذا كانوا عددًا، والعتق في الصحة، بيع في الدين بالحصص، ولا مقال للعبيد في العتق وفيمن يباع، إلا أن يكون متى بيع بالحصص لا يفضل للعتق لعيب العتق؛ فيقرع فيمن يباع للدين، ويعتق الباقي.

وإن بتل في المرض أو وصى بالبيع للدين حسب ما كان العتق، إذا ضاق الثلث، ولم يجز الورثة، فيباع بالقرعة بعد قضاء الدين بالقرعة، وإذا وقع بالقرعة للبيع عبد وبعض آخر، لم يبيع البعض حتى يقرع على نفسه، فإن خرج للعتق يبيع على أن بقيته حر، وللورثة فعل ذلك نفيًا للغرر في البيع، فإن بيع قبل علم المشتري بأن^(٢) بقيته حر أو رقيق فسد البيع.

وإن كان معه مائة، ثم ذهب الذي^(٣) أفاد وذهب المائة الأولى إذا ذهب جميع ذلك، يمضى العتق؛ لحصول كمال اليسار بعد العتق.

وفي الموازية: إذا أفاد بعد ذهاب الأول يمضى^(٤) العتق، فإن رد^(٥) العتق، وأفاد

(١) في ط: لتعييه.

(٢) في ط: فإن.

(٣) في ط: للذي.

(٤) في ط: بمعنى.

(٥) في ط: أرد.

بعد، قبل البيع أو بعده - قال مالك: ينفذ العتق وإن وقع قبل إنفاذ البيع؛ لأن بيع الإمام بالخيار ثلاثاً.

وقال ابن نافع: رد الإمام يمنع العتق، وإن أفاد مالاً.

وفى مختصر الوقار: إن أفاد بالقرب عتقوا، وإلا فلا.

وإن لم يرد العتق حتى مات العبد عن مال وله ورثة أحرار، أو مات له ولد حر وخلف مالاً، ثم أجاز الغرماء العتق لم يورث، ولم يرث بالحرية، وفى هذا خلاف لأشهب، والأول فى الكتاب؛ لأنه عبد حتى [تعلم الغرماء وتجزئاً]^(١).

قال ابن يونس: قوله أول الفرع: «إذا استحققت السلعة بعد العتق لا يرد العتق»، هذا إذا كان الثمن بيد السيد حين أعتق، أما إن تلف أو أنفقه قبل العتق رد العتق؛ لأن السلعة لم تكن له مالاً، ولو كان له رجوع بالثمن على أحد لم يرد العتق حتى يوثق من الثمن، ولو كان [له مال وباع]^(٢) السلعة بعيب فقد هلك الثمن ولا شيء للبائع، [و]^(٣) لم ينقص من العتق إلا قدر قيمة العيب، ردها بقيمتها، أو فأت وأخذ الأرض، ولا يقبل فى ذلك إقرار البائع، ولا يقبل العيب إلا بالبينة، ويتبع بحصة العيب ديناً إن أقر؛ قاله محمد، وهو تفسير لقول ابن القاسم.

قال بعض القرويين: وهذا بخلاف ما فى كتاب الرهن: إذا زوج أمة، وقبض صداقها، ثم أعتقها الزوج قبل البناء، يرجع بنصف الصداق، فوجد السيد عديماً، لا يرد العتق؛ لوجوب نصف الصداق بعد العتق بالطلاق، ولو شاء الزوج لم يطلق، ولو طلق قبل، ثم أعتق السيد بعد معدماً، رد من العتق بقدر نصف الصداق.

ولو تزوجها تزويجاً يجب فسخه قبل البناء، ثم أعتقها قبل الفسخ، ثم فسخ، فوجد السيد عديماً - رد العتق؛ لأن الصداق من حين قبضه دين عليه؛ لفساد النكاح.

قال محمد: إن حلف بحرية عبده، فباعه وقبض ثمنه وأتلفه، ولا شيء له غيره، عتق ويتبع؛ لوقوع الحنث، بالعتق^(٤) قبل إتلاف الثمن.

(١) فى ط: يعلم العلماء ويخير.

(٢) فى ط: إنما قام المبتاع.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: فالتعق.

قال: ويشكل قوله؛ لأن العتق إنما يتم فيه بالحكم، وقد^(١) لحقه الدين قبل إنفاذ العتق.

ولو استحلفته في بيع بحرية عبده: ليدفعن لك الثمن إلى أجل كذا - يحنث، ولا شيء له غير العبد، فلك رد عتقه؛ لتقدم الدين، قاله أصبغ.

وقال ابن وهب: لا يرده استحساناً، [و]^(٢) كان التحليف تسليماً للعتق ورضاً به. وإذا أعتق المديان، ليس له ولا للغريم البيع دون الإمام، فإن باعوا بغير إذنه، ثم رفع للإمام وقد أيسر، رد البيع، وإنما ينظر في ذلك ليسره يوم الدفع، فلو تقدم اليسار ويوم الدفع هو معسر، ولم يعلم الغريم حتى أيسر - نفذ العتق، ولو باعهم الإمام، ثم اشتراهم بعد يسره لم يعتقوا؛ لأنه حكم حاكم.

قاعدة: كل ما هو مفتقر إلى فحص وتمحيص^(٣) وتختلف فيه الأحوال لا يقع إلا بحكم حاكم، ولا يكفي فيه وجود سببه، ولأنه^(٤) يحتاج للحاكم، فطلاق المعسر يحتاج لتحقيق الإعسار، وتقدم الدين، والحالف: ليضربن عبده ضرباً مبرحاً، يحتاج العتق عليه لتحقيق أن ذلك الضرب من قبيل ما يباح أو يحرم، وهل جناية العبد مبيحة أم لا؟ يفتقر جميع ذلك للحاكم، وهكذا إذا لم يحتاج لتمحيص^(٥)، ولكن الخلاف فيه قوى: كالإعتاق على الشريك، أما إن ضعف الخلاف واستغنى عن التمحيص^(٦) اكتفى بالسبب، كمن حلف: إن لم يشرب اليوم خمراً فامراته طالق، أو عبده حر، أو عليه صدقة، لزمه ذلك عقيب تلفظه^(٧).

فروع: قال ابن يونس: قال مالك: إذا بتل في مرضه عتق عبده^(٨)، ثم مات السيد وله أموال مفترقة، يخرج من ثلثها، فهلك العبد [قبل جمعها]^(٩) لا يرثه الأحرار؛

(١) في ط: فقد.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: وتلخيص.

(٤) في ط: ولا.

(٥) في ط: لتلخيص.

(٦) في ط: التلخيص.

(٧) في ط: تطلقه.

(٨) في ط: عنه.

(٩) في ط: قيل جميعها.

لأن عتقه إنما يتم بعد جمع^(١) المال، وخروج العبد من ثلثه. قال بعض المشايخ: إن اشتريت عبدًا فأعتقته وورث وشهد، ثم استحق إن أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث وغيره، وإلا بطل الجميع. قال: والفرق بينه وبين عتق المديان: أن عتقه عدوان على الغرماء، ولو كنت تعلم أن العبد ليس ملك البائع كنت متعديًا، واستوى الحكم، ولا ميراث بالشك. قال ابن يونس: وإن لم يعلم غرماء^(٢) المديان حتى ورث، ثم أجازوا العتق، لنفذت الأحكام كالمشتري.

وقد قال مالك وابن القاسم: إن عتق المديان على الإجازة حتى يرد. وفي الكتاب: إن بطله في مرضه وقيمه مائة لا مال له غيره، فهلك العبد قبله، وترك ابنته حرة وترك ألفًا فقد مات رقيقًا، وماله لسيده، ولو كان له مال مأمون كالعقار يخرج العبد من ثلثه نفذ عتقه، وورثته ابنته والسيد نصفين. وقيل: لا ينظر لفعله إلا بعد موته، له مال مأمون أم لا من أعاد للطوارئ البعيدة^(٣).

فرع في الكتاب: إذا بطل المريض عتق رقيقه، وعليه دين، وعنده وفاء، فلم يمت حتى هلك ماله، فالدين يرد عتقه بخلاف الصحيح؛ لأن فعل المريض موقوف، وكذلك وصيته بعتقهم، فإن اغترقهم الدين رقوا، أو^(٤) فيهم فضل، أقرع بينهم أيهم يباع للدين، ثم يقرع بينهم فيمن يعتق في ثلث بقيتهم، فإن خرج أحدهم بقيته أكثر من الدين، بيع منه بقدره، وأقرع للعتق، فإن خرج بقية هذا وفيه كفاف الثلث، عتقت بقيته، وإذا كثر عتق منه بقدر الثلث، وباقيه للورثة، وإن لم تف بقيته أعتقت بقيته، وأعيدت القرعة حتى يكمل الثلث في غيره، وكذلك يعاد في الدين إن خرج من لا يكفي الدين حتى يكمل الدين، وإن بيع بعض عبده، ثم يقرع للعتق كما تقدم.

فرع: قال: إن اشترى أباه وعليه دين يغترقه بيع في دينه لأن الدين مقدم على بر

(١) في ط: جميع.

(٢) في ط: الغرماء.

(٣) كذا في ط.

(٤) في ط: و.

الوالد، أو ليس عنده إلا بعض ثمنه، رد بيعه؛ قاله مالك.

وقال ابن القاسم: يباع منه ببقية الثمن، ويعتق ما بقي؛ جمعاً بين الحقين.

وقال غيره: يمنع في السنة أن يملك أباه إلا للعتق، فإذا كان عليه دين يرده فهو خلاف السنة إن تملكه فبيع في دينه.

[و] ^(١) في التنيهات: غيره: هو المغيرة، واختلف هل ملك أو لا؟ لا يعتق عليه؛ كقوله يرد البيع في الثاني؛ قاله القاسي.

وقال أبو محمد: هما مختلفان، ولا يرد في الأول، ويباع في الدين بخلاف الثاني ^(٢).

قال: والأول الصحيح، وقد بينه مالك في المبسوط، وقول المغيرة حجة لمالك؛ ولذلك أتى به سحنون.

قال ابن يونس: الفرق عند مالك بينهما: أن في الأول ليس له شراؤه ودفع جميع ثمنه، ولا حجة للبائع إذا قبض جميع ثمنه، ولا عليه إذا باع جميع ما يجوز له، ويباع في دين الابن إذا تلف ثمنه مال غرمائه، وفي الثاني: لم يدفع جميع الثمن، فللبائع نقض البيع، إذ لو بيع عليه في بقية الثمن، لدخل عليه غرماء إن كانوا للولد، واحتاط ابن القاسم للعتق، ولم ير للبائع حجة إذا قبض بقيته ^(٣)، والدين أمر طارئ فلا يعتبر به، وهو القياس.

قال محمد: وإن ورث أباه أو وهبه، أو تصدق به عليه، وعليه دين.

قال أشهب: يعتق، وباعه ابن القاسم في الميراث للدين، دون الهبة والصدقة؛ لأن مقصود الرافع العتق على الولد.

وقال محمد: لا يباع في الجميع.

قال اللخمي: نقض البيع في مثال ^(٤) الكتاب ظلم؛ لأن البائع باع ما يجوز له بيعه ممن يجوز شراؤه.

وقد قال ابن القاسم: إذا باعه أخاه على أنه أخوه، يعتق عليه، وتقاصاً ^(٥) في

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: الثانية.

(٣) في ط: بقية.

(٤) في ط: متالي.

(٥) في ط: تقاصه.

الثلث فلم يجد غير الأخ.

قال: يباع عليه في الثلث إلا أن يكون فيه فضلة فلا يباع؛ لأنه كان ظاهره اليسر. فرع في الكتاب: إذا اشترى المريض محاباة فأعتقه فالعتق مبدأ على المحاباة؛ لأنها وصية، والعتق مبدأ على الوصية، وإن كانت قيمة العبد كفاف الثلث سقطت، ولم يكن للبائع غير قيمة العبد من رأس المال؛ لسقوط الوصية، فإن بقي بعد قيمة العبد شيء من الثلث فهو المحاباة، وقد قال: تبدأ المحاباة؛ لأن البيع^(١) لا يتم إلا بها، فكأنه أمر بتبديتها في الثلث، فإن بقي بعدها من الثلث شيء فهو في العبد، أتم ذلك عتقه أم لا.

قال ابن يونس: قال سحنون: وهذا القول أحسن من الأول. قال مالك: ولو لم يحاب لجاز عتقه وشراؤه إن حمله الثلث، وإن كره الورثة، وإن لم يحمله الثلث فما حمل، ورق الباقي. قيل: كيف يجوز هذا البيع والبائع لا يدري ما حصل من الثلث أو قيمة العبد؟ والجواب: أن هذه المسألة وإقالة المريض من طعام فيه محاباة وشبهها، إنما وقع البيع فيه على المناجزة، وهذا طارئ بعد الانعقاد، فلو قيل لهما في عقد البيع: إن في هذا البيع محاباة، ومحاباة المريض وصية من الثلث ولا تدري أيها البائع ما يحصل لك - لم يحجز البيع.

فرع في الكتاب: إن بتله في مرضه، وقال: قيمته ثلاثمائة لا مال له غيره، فهلك العبد قبله، وترك ابنة حرة وألف درهم، فقد مات رقيقاً وما ترك لسيده بالرق دون ابنته، وإن كان للسيد مال مأمون يخرج العبد من ثلثه، جاز عتقه، وورثته ابنته وسيده.

قال غيره: لا ينظر في فعل المريض إلا بعد موته، كان له مال مأمون أم لا. لأن الطوارئ إنما يتعين انحسامها بعد الموت.

قال ابن القاسم: ولو احتمل المأمون نصف العبد، لم يعجل عتق شيء منه؛ لاحتمال الطوارئ، وإنما يعتق إذا كان المال المأمون أضعاف قيمته. فرع: قال في الكتاب: إذا أعتق^(٢) ما في بطن أمته في صحته، فولدت في مرضه

(١) في ط: المبيع.

(٢) في ط: عتق.

أو بعد موته، فذلك من رأس ماله كعتيق إلى أجل حل جنيئًا، بخلاف الحانث في مرضه يمين يعقدها في صحته؛ لتنجز السبب في الأول في الصحة، وههنا الحانث في المرض وقد حابى أو شرط.

فرع: قال: التي يعتق ما في بطنها في صحته لا تباع وهي حامل؛ لثلا يباع الحر، إلّا في قيام دين استحدثه قبل عتقه أو بعده، فيباع تبعًا لأمه إذا لم يكن له غيرها، ويرق جنيئها تبعًا؛ إذ لا يجوز استثنائه.

فأما قيام الغرماء بعد الوضع، والدين حدث بعد العتق، عتق الولد من رأس المال لعتقه في الصحة، ولدته في مرض السيد أو بعد موته، وتباع الأم وحدها في الدين ولا يفارقها، وإن كان الدين قبل العتق بيع الولد للغرماء إن لم تف^(١) الأم؛ لأن تقديم الدين مبطل للتبرع.

ولو جنى عليه بعقل^(٢) جنيين أمة، بخلاف جنيين أم الولد من سيدها؛ لأن جنيين الأمة لا يعتق إلّا بعد الوضع، وفي أم الولد حين الحمل.

فرع: قال: إن أخدته ستين، ثم هو حر، فاستدان السيد قبل قبضه من المخدم، فالغرماء أحق بالخدمة؛ لأنها تبرع فيؤاجر^(٣) لهم، فإن لم يقوموا حتى بتل الخدمة، فلا سبيل لهم على الخدمة، والعتق في الوجهين نافذ إلى أجله لا سبيل للغرماء عليه، وكذلك الصدقة والهبة.

وإذا وقع الدين بعدها^(٤) وقبل القبض فالغرماء أولى.

قال ابن القاسم: قال عبد الملك: والفلس كالموت.

وقال أصبغ: الصدقة تقدم على الدين الحادث بعدها، وإن لم تقبض^(٥)؛ نظرًا لأصل العقد، وهو ليوم العقد لا ليوم القبض ما دام حيًّا؛ إذ لو حكم^(٦) عليه أخذت منه، ما لم يمرض أو يموت، وليس كذلك حدوث الفلس، وهو كما إذا أعتق وله مال يفى بدينه، لم يضر ذلك ما يحدث من الدين.

(١) في ط: يفت.

(٢) في ط: يعقل.

(٣) في ط: يؤاجر.

(٤) في ط: بعدهما.

(٥) في ط: يقبض.

(٦) في ط: حتم.

قال ابن حبيب: الفرق: أن المعتق قبض والصدقة لم تقبض حتى حدث الدين. فرع في الممتقى: إذا أعتق المريض شقصاً قال مالك: يقوم عليه في ثلثه متى عثر عليه قبل الموت أو بعده؛ تعجيلاً لمصلحة العتق.

وقال عبد الملك: حتى يصح فيقوم في ماله، أو يموت فيعتق ما أعتق في ثلثه، ولا يقوم عليه نصيب صاحبه وإن حمله الثلث؛ لأن التقويم لا يلزم إلا في عتق يتعجل أو يتأجل أجلاً قريباً لا يرد دين، وهذا قد يرد الدين، إلا أن تكون له أموال مأمونة؛ فيقوم عليه، ويتعجل له العتق قبل أن يموت.

وقال ابن القاسم: يوقف فإن مات، ففي الثلث، أو ما حمله، وإن كانت له أموال مأمونة، قوم فيها.

فرع قال: إن أعتق عبده في مرضه، فلم يحمله الثلث، وأجاز بعض الورثة حصته، فلا تقويم عليه، والولاء للميت؛ قاله مالك؛ لأن الوارث إنما أجاز فعل الميت، فلم يدخل ضراراً في المال.

وعن مالك: إن أعتق بعض عبده في صحته، ويتم عليه وهو مريض، فإن صح عتق عليه كله، وإن مات فالباقى في ثلثه؛ لوجود السبب متقدماً.

وقال عبد الملك: إن قيم عليه في مرضه، فلا تقويم إن مات لحصول الحجر. وإن قلنا: يتم على المريض عهده:

قال أصبغ: يقوم عليه [نصيب غيره]^(١) إذا أعتق شقصه الآن، ويوقف الآن حتى يعتق منه ما حمل من الثلث من تلك القيمة التي كانت في المرض^(٢) إن مات مبدأ على الوصايا، وما أعتق أولاً فمن رأس ماله، فإن صح لزومه القيمة، وقاله مالك؛ لأن القيمة إنما تلزم يوم الحكم، لكنه حكم متوقع فيه الصحة، فإن صح لزومه القيمة في جميع ماله.

وقال ابن عبد الحكم: لا تقويم في المرض، وليوقف أبداً حتى يموت فيعتق ما بقى في ثلثه، أو يصح فيكون من رأس ماله، إلا أن يعتق الشريك؛ لأنه إذا لم ينفذ الحكم الآن، فلا معنى لتعجيل التقويم.

(١) في ط: نصيبه.

(٢) في ط: المريض.

الخاصية الخامسة: القرعة ومحلها.

وفى الكتاب: إذا أوصى بعتق عبيده أو بتدبيرهم^(١) فى المرض، ثم مات، عتقوا إن حملة الثلث، [إلا ما يبلغه]^(٢) بالقرعة، وإن لم يدع غيرهم فثلثهم^(٣) بالقرعة، وقاله (ش) وابن حنبل.

وقال (ح): لا تجوز القرعة فى الأولى، ويعتق من كل واحد ثلثه، ويسعى فى باقى قيمته للورثة حتى يؤديها فيعتق.

لنا: ما فى الموطأ: إن رجلاً أعتق عبيداً له عند موته، فأسهم رسول الله ﷺ أعتق ثلث العبيد^(٤).

قال مالك: وبلغنى أنه لم يكن لذلك الرجل مال غيرهم، وفى غير الموطأ من الصحاح: أعتق ستة ممالك^(٥) فى مرضه، لا مال له غيرهم، فدعاهم النبى ﷺ، فجزأهم فأقرع بينهم، وأعتق اثنين ورق أربعة^(٦).

ولأن الإجماع فى عصر^(٧) التابعين عليه، عن عمر بن عبد العزيز، وخارجة بن زيد، وأبان بن عثمان، وابن سيرين، وغيرهم، ولم يخالفهم من عصرهم^(٨) أحد. ووافقنا (ح) فى القرعة فى قسمة الأرض لعدم المرجح، وهو ههنا.

ولأن فى الاستسعاء ضرراً على العبيد بالإلزام، وعلى الورثة بتأخير الحق وتعجيل حق الموصى له، والقواعد تقتضى تقديم حق الوارث؛ لأن له الثلثين، ولأن مقصود الموصى كمال العتق فى العبد؛ ليتفرغ للطاعات والكسب، وتجزئة العتق تمنع من ذلك، وقد لا يحصل الكمال أبداً.

احتجوا: بقول النبى ﷺ: «لَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ»^(٩)، والبيع يلحقه

(١) فى ط: يتلفهم.

(٢) فى ط: إلا تبلغه.

(٣) فى ط: قبلهم.

(٤) أخرجه مالك (٧٧٤/٢) (٣) عن محمد بن سيرين، مرسلاً.

(٥) فى ط: ممالك.

(٦) تقدم.

(٧) فى ط: حصر.

(٨) فى ط: حصرهم.

(٩) أخرجه أحمد (٢/١٨٥ و ١٨٩ و ١٩٠ و ٢٠٧ و ٢١٠)، وأبو داود (٢١٩٠) و (٢١٩١) و (٢١٩٢) و (٣٢٧٧٣)، والترمذى (١١٨١) وابن ماجه (٢٠٤٧)، والنسائى (٧/٢٨٨)، =

الفسخ، والعتق لا يلحقه الفسخ فأولى لعدم القرعة؛ لأن فيها تحويل العتق. ولأنه لو كان مالكا لثلثهم فأعتقه لم يجمع ذلك في اثنين منهم، والمريض لم يملك^(١) غير الثلث فلا يجمع؛ لأنه لا فرق بين منع التصرف وعدم الملك في نفوذ العتق.

ولأن القرعة في جميع الحقوق إنما تدخل فيما يجوز التراضي عليه؛ لأن الحديث حال الصحة لما لم يجز التراضي على إسقاطها لم تدخل القرعة فيها، وقسمة الأموال يجوز التراضي فيها، فدخلت القرعة فيها.

والجواب عن الأول: أن العتق ما وقع إلا فيما يملك، وما قال: العتق في كل ما يملكه، فإذا نفذ العتق في عبيدين، وقع العتق فيما يملك.

وعن الثاني: أنه قضية في عين، لتمهيد قاعدة كلية كالرحم وغيره، ولقوله ﷺ: «حُكِمِي عَلَى الْوَاجِدِ، كَحُكْمِي عَلَى الْجَمَاعَةِ»^(٢).

وعن الثالث: لو كان العتق شائعا لبطلت القرعة، واتفاقهم في القيمة أو اثنين سهم ليس متعذرا عادة، لا سيما الجلب، ووخش الرقيق.

وعن الرابع: أن الميسر هو القمار، وميسر الحقوق ليس قمارا، وقد أقرع رسول الله ﷺ بين أزواجه وغيرهم، واستعملت القرعة في شرائع الأنبياء عليهم السلام؛ لقوله تعالى: «سَاءَ مَا كَانُوا مِنَ الْمُنْذَرِينَ» [الصفافات: ١٤١] و«إِذْ يَقُولُ أَفْلَنَّمُ أَيُّهُمْ يُكْفَلُ مَرِيْمٌ» [آل عمران: ٤٤] وليس فيها نقل الحديث؛ لأن عتق المريض لم يتحقق؛ لأنه إن صح عتق الجميع، وإن طرأت ديون بطل، وإن مات وهو يخرج من الثلث، عتق الثلث، فلم يقع في علم الله -تعالى- من العتق إلا ما أخرجته القرعة.

وعن الخامس: الفرق: بأن مقصود الهبة والوصية: التملك، وهو حاصل في الملك الشائع كغيره، ومقصود العتق التخليص للطاعات والاكتساب، ولا يحصل

= والدارقطني (١٤/١٥-١٥) وزاد في ط: واحد جاز.

(١) في ط: يملكه.

(٢) ذكره العجلوني في كشف الخفاء (١/٤٣٦) وقال: ليس له أصل بهذا اللفظ كما قال العراقي

في تخريج أحاديث البيضاوي، وقال في الدرر كالزركشي: لا يعرف.

قلت: له شاهد من حديث أميمة بنت رقيقة، أخرجه الترمذي (١٥٩٧)، وابن ماجه (٢٨٧٤)،

وأحمد (٣٥٧/٦)، والنسائي (١٤٩/٧) و(١٥٢).

مع التبعض.

ولأن الملك^(١) شائعاً لا يؤخر حق الوارث، وههنا يتأخر بالاستسعاء.
وعن السادس: إن البيع لا ضرر فيه على الوارث كما تقدم فى الوصية،
ولا تحويل للعتق كما تقدم.
وعن السابع: أنه إذا ملك الثلث فقط، لم يحصل تنازع فى العتق، ولا جريان
من تناوله لفظ العتق.

وعن الثامن: أن الوارث لو رضى تنفيذ عتق الجميع، فهو يدخله الرضا.
تمهيد: الإقراع عند تساوى الحقوق، ودفع الضغائن والأحقاد، والرضا بما
جرت به الأقدار، وقضاء الملك الجبار، وهى مشروعة بين الخلفاء إذا استوت
فيهم^(٢) أهلية الولاية، والأئمة، والمؤذنين، والتقدم للصف الأول عند الزحام،
وتغسيل الأموات عند تزاحم الأولياء وتساويهم فى الصفات، وبين الحاضنات،
والزوجات فى السفر والقسمة، والخصوم عند الحكام.
تفريع: فى الكتاب: إن قال: ثلثهم أحرار، أو نصفهم: عتق ذلك بالقرعة إن
حمله الثلث، وإلا فما حمله مما سمي.

وإن قال فى مرضه: عشرة منهم، وهم ستون: عتق سدسهم، أخرجت القرعة
أكثر من عشرة أو أقل، ولو هلكوا إلا عشرة لعتقوا إن حملهم الثلث وإن كثرت
قيمتهم، وإن لم يحملهم الثلث عتق مبلغه بالقرعة، وإن بقى أحد عشر عتق عشرة
أجزاء من أحد عشر سهماً بالقرعة إن حمله الثلث، أو عشرون، عتق نصفهم بالقرعة
فى الثلث، أو ثلاثون فثلثهم^(٣)، وإن سمي أحراراً^(٤) فقال: سدسهم، لم يعتق إلا
[سدس]^(٥) من بقى ولو بقى واحد.

وإن قال: رأس منهم ولم يعينه، عتق بالقرعة، إن كانوا خمسة يوم التقويم

(١) فى ط: المالك.

(٢) فى ط: فهم.

(٣) فى ط: فثلاثهم.

(٤) فى ط: حرّاً.

(٥) سقط فى ط.

فخمسهم، أو ستة فسدسهم، خرج أقل من واحد أو أكثر توفيه بلفظه، وإذا انقسموا على الجزء الذى يعتق منهم جزئوا^(١) بطاقة وأقرعت بينهم، فمن خرج اسمه، وقيمته مبلغ الجزء الذى يعتق عتق مبلغه فقط، أو نقص عتق، وأعيدت القرعة؛ لتمام ما بقى من جزء الوصية، فما وقع لذلك عتق، عبد أو بعض عبد.

وإن قال عند موته: أثلاث رقيقى أو أنصافهم أحرار، أو ثلث كل رأس، أو نصف كل رأس - عتق من كل واحد ما ذكر إن حمل ذلك الثلث، ولا يبدأ بعضهم على بعض؛ لأنه عين العتق لكل واحد، أو ما حمل ثلثه فيما سمي بالحصص من كل واحد بغير قرعة؛ لأنه عين العتق لكل واحد.

[و]^(٢) فى التنبهات: القرعة تتكرر فى المناظرات، وهى غير معلومة للفقهاء. وتحقيق مذهب مالك عند أكثرهم: على ما دل عليه ظاهر لفظة فى الكتاب، وقيل: مذهبه فى الكتاب مع ضيق المال، وأنه لم يترك سواء، وأما متى كان له سواء، فإنه يتلف فى العدد حتى يستكمل من الثلث عشرة.

وإن كان نوى ثلث جميع تركته من العبيد وغيرهم، عن مالك: إذا قال: أحد عبيدى حر فى الوصية عتق واحد كامل، أو ثلاثة، عتق واحد بالسهم، وإن كانوا أقل من الثلث.

وقوله: «ولم يعينه»، يدل على أنه لو عينه عتقوا بالحصص، وقاله سحنون.

وقال عبد الملك: يقرع بينهم سمي أم لا.

قال ابن يونس: اختلف فى الرجل الوارد فى الخبر، فقيل: بتلهم.

وقيل: أوصى بعتقهم.

فحملنا القرعة عليهما عند ضيق الثلث دون تصرف الصحة؛ لأنها رخصة

لا يقاس عليها.

وقال المغيرة: إنما القرعة عند من أعتق عبيده عند موته ولا مال له غيرهم.

قال المغيرة: ولو قال فى وصيته: أحد عبيدى حر، وهم خمسة، أعتق خمس

كل واحد.

(١) فى ط: جزؤا.

(٢) سقط فى ط.

وقال أصبغ في المبتلين في المرض لا يحملهم الثلث: يعتق من كل واحد بغير سهم، وإنما السنة بالسهم في الوصية.
قال ابن يونس: وإن قال: ميمون ومرزوق حران، تحاصبا عند ضيق الثلث؛ لأنه لما سمى، فقد قصد له العتق.

وقيل: يقرع بينهم، والمذهب: الفرق بين التسمية وغيرها؛ فيحصل إذا بتل عبيده أو أوصى فقد سمى أم لا، ولم يحمل الثلث، ففي كل وجه قولان: القرعة^(١) والمحاصة.

قال مالك: ومما تكون فيه القرعة في الصحة: إن يعتق نصف رقيقه أو جزءا يسميه، فإن ذلك في الصحة والمرض وفي الوصية سواء، فيعتق من خرج إلى مبلغ قيمة الحر الذي سمى، فإن فضل من قيمة نصفهم أو الجزء الذي سمى فضلة حتى يقع ذلك في بعض عبد، فإن كان في وصية رق باقيه، أو في صحة كمل عتقه.
قال محمد: وإن قال: أنصافهم أو أثلاثهم لا يسهم في ذلك في الصحة ولا في الوصية، لكن يعتق الجزء الذي سمى من كل رأس إن حمل ذلك الثلث في الوصية، وتكمل النفقة في الصحة.

وقال ابن الكاتب في قول المريض: أثلاث رقيقى: لم يرد تكميل عتق أحدهم، وأما الموصى إذا لم يحمل الثلث، وقال: ثلثهم، فما زاد تمام الحرية فيميزوا بالقرعة؛ ليحصل مراده، بخلاف، من أوصى بثلاثهم لرجل، فإنه يكون شريكاً؛ لأنه إقامة مقامه.

قال أشهب: إذا قال: رأس منهم حر، ولم يعينهم وهم خمسة، يعتق من كل واحد خمسة.

قال: ويعتق خمس قيمتهم، خرج رأس أو بعضه.
قال محمد: وهو قول مالك وأصحابه.

قال أشهب: وإن أوصى بذلك عن رقبة ظهار أو بتل، فيسهم بين كل من يصلح للرقاب الواجبة، فمن خرج عتق كله، لأن التبعض في الكفارة ممتنع، ولا عتق لمن بقى.

(١) في ط: فالقرعة.

وعن مالك: إن قال عند موته: رأس من رقيقى وأحد عبيدى حر، وهم ثلاث^(١) فأقرع بينهم، فخرج أحدهم، وهو أكثر من ثلث قيمتهم عتق كله إن حمله الثلث. قال ابن يونس: وأصحاب مالك كلهم على خلافه، وأما الصحيح: فيختار واحدًا منهم فيعتقه، أو ورثته إن مات من رأس المال. وإن قال الصحيح: أثلاث رقيقى، عتق عليه ثلث كل رأس، وكمل؛ لأنه أعتق بعض عبده.

أو مريض فمات، عتق ما سمي، وكمل في ثلثه باقيهم، وإن عاش أتموا في رأس ماله؛ لأن المريض تصرف في حال لا يملك إلا الثلث، فإذا عاش ملك جميع ماله. وإن قاله في وصيته عتق من كل واحد ثلثه فقط؛ لأنه أوقعه في حال ماله^(٢)، وماله لورثته.

وإن قال الصحيح: نصف عبيدى أحرار: قال سحنون: يحلف أنه لم يرد واحدًا بعينه، خلافًا لابن القاسم.

وقال محمد: يعتق بالسهم نصف قيمتهم، فإن وقع النصف في بعض عبد كمل؛ لأنه صحيح، والمرض والوصية يعتق نصف قيمتهم بالقرعة.

قال اللخمي: إذا قال في مرضه أو وصيته: عشرة من عبيدى أحرار، وهم خمسون، فخمسة أقوال:

عتق^(٣) خمسهم بالقرعة، خرج خمسة أو خمسة عشر.

وعن مالك: إن خرج أكثر من عشرة عتقوا، أو أقل، أقرع بين الباقيين حتى تكمل عشرة، ما لم يجاوز ثلث الميت.

وخير أشهب بين العتق بالسهم أو الحصص.

وقال المغيرة: بالحصص إن أعتق الميت، أما إن أوصى ببقية أن يعتقوا عنه:

خيروا بينهما.

وعن مالك في رأس منهم حر^(٤)، وهم ثلاثة فيعتق^(٥) ثلثهم بالقرعة، ثم لم يرد

(١) في ط: ثلث.

(٢) في ط: ما.

(٣) في ط: رقيق.

(٤) في ط: جزء.

(٥) في ط: فعتق.

الميت إلّا عتق واحد فيقرع بينهم، فإن خرج واحد وهو أدنى من الثلث، عتق، ولم تعد القرعة، أو أكثر عتق إن حملهم الثلث؛ فاعتبر في الأول خمس قيمتهم؛ لأنه العدل بين العبيد والورثة؛ لأن أعلاهم أو أدناهم ظلم لأحد^(١) الفريقين، ومن رضى بالأدنى، قيل له: للميت حق في عتق الأعلى، أو خص الوسط بالم الأعلى والأدنى؛ لفوات العتق.

قال سحنون: إن قال: نصفكما حر، أعتق أيكما شاء، أو نصفًا كما، أعتق من كل واحد نصفه.

قال اللخمي: وأرى أن يسأل ويصدق في المسألتين، فإن عدت النية، فالتجزئة أشبه؛ لذكر النصف.

وإن قال في صحته: عشرة من رقيق أحرار، فمات أربعون، فقليل: العشرة الباقية أحرار؛ لتعين الصيغة.

وقيل: لا عتق لهم؛ لأن السيد كان قبل موت من مات منهم بالخيار، وكان [له أن]^(٢) يعتق غير هؤلاء، فإن كان في وصية: قال ابن القاسم: يعتقون؛ لأن العبرة بيوم الحكم في الثلث، لا يوم الموت.

وقال عبد الملك: يعتق خمس الباقي؛ لأن العبرة بيوم الموت، وإن أما فولدت^(٣) لكل واحدة منكن ولذا، والتصرف في الصحة، اختار عشرًا من الأمهات مع أولادهن؛ لأن الولد يتبع أمه، أو في المرض، يعتق خمسهن الذي كان يعتق قبل الولادة، وتقوم^(٤) كل واحدة بولدها، ويتبعها في الحرية والرق، أو في وصية وعينهن، فقال: هؤلاء الخمسين رق ما ولد في جنابة، ولا يدخلون في القرعة، ويدخل المولود بعد ذلك، فيعتق خمس المائة، وتقوم كل أمة بما ولدت، ويتبعها إن عتقت، ولا يقرع عليه بانفراده.

وإن قال: عشرة ممن يكون يوم أموت ولم يقل: هؤلاء، دخل جميع الولد في العتق، ولد قبل أو بعد، وتختلف صفة العتق: فما ولد قبل قوم بانفراده، وقد يعتق

(١) في ط: بأحد.

(٢) سقط في ط.

(٣) كذا في ط.

(٤) في ط: ويقوم.

دون أمه، أو أمه دونه إن وقعت عليها، وما ولد بعد قوم مع أمه يتبعها في العتق والرق؛ لتعليقه العتق بالكائن عند الموت، فالمولود قبل كعبد اشتراه، وإن قال: يوم ينظر في ثلثي، لم يدخل المولود في الحياة كقوله^(١): «من هؤلاء»، ودخل في العتق من ولد بعد؛ لأنه بعد موته كالمعتق^(٢) إلى أجل، فموته أثبت له عقد العتق، وسقط تخيير الميت.

وإن قال: عشرة ممن يكون في ملكي يوم ينظر في ثلثي، ولم يقل: «من هؤلاء»، دخل جميع الأولاد، ولد في الحياة أو الممات، وأقرع على كل واحد بانفراده، وكان المعتق في عشرة من مائة وخمسين إن ولد لك واحد قبل وبعد، فإن حصلت القرعة لمن ولد قبل أو بعد أو الأم وحدها، عتق؛ لأنه علق العتق بمجهول ممن يكون يوم الحكم.

تنبيه: إذا أعتق في مرضه عبيداً، لا مال له غيرهم، فمات بعضهم قبل موت السيد، أقرع بين الباقيين، ولا يدخل الذي مات.

وقال (ش): يدخل، فإن خرجت قرعته عتق من يوم أعتقه، وإن خرجت له قرعة رق، أو خرجت على أحد الباقيين قرعة حرية، بطلت، وصار كأنه لم يكن، ووقعت القرعة بين من بقي، فإن كانوا ثلاثة، فخرجت للميت، رق الأحرار، أو خرج له^(٣) سهم الرق أقرع بين الباقيين، وبطل حكم الميت، ويعتق ثلث ما بقي كمذهبنا.

لنا: أن عتق المريض موقوف على الثلث بعد الموت؛ كالوصية بعقدهم: فلم يتقرر حكمه إلا بعد الموت، ولم يؤجل حيثئذ إلا الأحياء، ولأنه لا يحصل للوارث شيء إلا بعد حصول الثلث للميت على الوجه الذي رسمه، وإنما كان قصده حصول الحرية في عبد فتتم خدمته، فإذا حسبنا الميت حصل مقصود الوارث دون المعتق. ولأنه يؤدي إلى إخراج الثلث قبل موت الموصي؛ فيلزم ملك الوارث الثلثين قبل موته.

ولأنها حرية موقوفة على موته كنفسها^(٤) على الوصية إذا مات أحدهم.

(١) في ط: لقوله.

(٢) في ط: كالمعتق.

(٣) في ط: لهم.

(٤) في ط: لنفسها.

احتجوا بأنه إذا وقعت على الميت قرعة الحرية حصل للمعتق ثواب العتق؛ لأن ثوابه بالعتق لا يطول حياة العتيق، أو قرعة الرق، بطل حكمه، ولم يحسب عليهم، كما لو أوصى وله مال غائب فهلك، لا يحسب ذلك المال؛ لأنه لم يثبت عليه لهم يد.

ولأن العبد الموصى به لإنسان إذا تلف بعد موت الموصى وقبل قسم التركة، لم يكن للموصى له في التركة شيء، فكذلك المعتق.

والجواب عن الأول: لا نسلم^(١) حصول ثواب للمعتق^(٢) لعدم تقريره وموت العبد رقيقاً؛ بدليل منع شهادته، وكما لا يحسب المال الغائب على الوارث، فكذلك لا يحسب على الموصى له.

وعن الثاني: أن مثاله عتق عبد معين في مرضه فيموت في مرض سيده، فإنه لا يعتق من تركته بدله، وأما ههنا في الثلث، فيكون الموت قبل موته من التركة؛ لأن الثلث يجوز بعد الموت.

فرع في الكتاب: إن قال في صحته: إن كلمت فلانا فريقي أحرار، فكلمه في مرضه، ثم مات، عتقوا إن حملهم الثلث أو ما حمّله بالقرعة، ورق الباقي، كمن بتلهم في المرض؛ لأن الاعتبار بحال الحث لا بحال التعليق؛ لأنه حال كمال السبب.

ولأنه عتق في حال المرض [كالمبتل].

وقاله^(٣) ابن حنبل، وقال: يعتبر من رأس المال؛ نظرًا لحالة الحلف.

وإن قال: إن لم أفعل فمات ولم يفعل، عتقوا إن حملهم الثلث، أو مبلغه من جميعهم بالحصص بلا قرعة، ويدخل معهم كل ولد ولد لهم بعد اليمين من إناثهم، فيقوم معهم في الثلث، وهم كالمديرين.

وإن قلت في صحتك لعبدك: إن دخلت هذه الدار فأنت حر، فدخلها في مرضك، ثم مت منه - عتق في الثلث، وكذلك المرأة في الطلاق إذا طلقت^(٤) في

(١) في ط: يسلم.

(٢) في ط: لعتق.

(٣) في ط: كالمثل وقال.

(٤) في ط: دخلت.

المرض، وترثك وإن انقضت عدتها، كما لو طلقها في مرضك؛ لما تقدم.
قال ابن يونس: وكانت يمينه في المرض: إن لم أفعل فمات قبل الفعل، قيل:
يعتق بالحصص كالمديون.
وقيل: بالسهم كالمبتلين.
فرع: في الجواهر: إذا أعتقت المريض على ترتيب بدئ السابق، لأن تقدم
السبب يعين المسبب له.
فرع: لا يتعين للقرعة الورق، بل الخشب وغيره، ويمتنع الخطر، نحو إن طار
غراب فلان يتعين للحرية ونحوه.
وصورة التجزئة: قسمتهم ثلاثة أجزاء متساوية في القيمة، فإن لم يتساو عددهم
خير الخسيس بالتفليس، فإن لم يكن كما إذا كانوا ثمانية أعبد، قيمة كل واحد مائة،
أقرع بين جميعهم، فمن خرج سهمه الذي يليه، حتى ينتهي إلى كمال الثلث بواحد
أو ببعضه، فإن يخرج أوراق الربع واحد بعد واحد.
فرع: إذا أبهم العتق بين جارتين وقلنا: يتخيران^(١)، فوطئ إحداهما، تعينت
للبقاء، وكذلك اللبس بالشهوة.
فرع: قال: إذا قال: «إن أعتقت غانمًا فسالم حرًا»، فأعتق غانمًا، وكل واحد
ثلث ماله، عتق غانم، ولا قرعة؛ لأنه ربما تخرج على سالم، فيعتق من غير وجود
الصفة.

الخاصية السادسة: الولاء:

وفي التنبيهات: الولاء بفتح الواو ممدود من الولاية بفتح الواو، وهو من النسب
والعتق.

وأصله: الولاء وهو القرب.

وأما من الإمارة والتقديم فبالكسر، وقيل بالوجهين فيهما.
والولاء - لغة - يقال: للمعتق والمعتق وأبنائهما، والمناظر، وابن العم،
والقريب، والغاصب، والحليف، والقائم بالأمر، وناظر اليتيم، والتابع^(٢) المحب،

(١) في ط: تجزأت.

(٢) في ط: النافع.

والمراد به ههنا: ولاية الإنعام والعتق.

والنظر فى سببه وحكمه، فهما نظران.

النظر الأول: فى سببه:

وفى الجواهر: هو زوال الملك بالحرية، فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه، سواء نجز، أو علق، أو دبر، أو استولد، أو كاتب، أو أعتق بعرض، أو باعه من نفسه، أو أعتق عليه، إلا أن يكون السيد كافراً والعبد مسلماً، أو عبداً أعتق بإذن سيده فى حالة يجوز له فيها التبرع، فإن كان السيد كافراً فأسلم العتيق، فمتى أسلم السيد فولأوه عليه باق، وإن مات العتيق قبل إسلامه ورثه أقرب الناس للكافر من المسلمين.

وأما العبد فلا يرجع الولاء إليه أبداً.

وإن عتق وهو محالف للمكاتب، فإن أعتقه بغير إذن سيده ولم يعلم حتى عتق العبد فالولاية له دون السيد.

وحقيقة الولاء: أنه لحمة كلحمه النسب، فإن العتق سبب لوجود العتيق بإحياء عباداته، وولايته المناصب، وصرف^(١) اكتسابه عليه، كما أن الأب سبب وجود الابن، وإليه الإشارة بقوله ﷺ: «لَنْ يَجْزَى وَلَدٌ وَالِدَهُ حَتَّى يَجِدَهُ رَقِيقًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيُعْتِقَهُ»^(٢) أى: يوجد حكماً [كما]^(٣) أوجده حساً، [ولذلك لو]^(٤) شرط لغير المعتق لم يصح كالنسب.

فرع: فى الكتاب: إن أعتق عن غيره بأمره أم لا، فالولاء للمعتق عنه، أو سائبة لله، فولأوها للمسلمين، وعليهم العقل، ولهم الميراث، أو عن عبد رجل، فالولاء للرجل ولا يجره^(٥) غيره، كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم^(٦) أعتقه سيده فالولاء له. وقال أشهب: يرجع إليه الولاء؛ لأنه يوم عقد^(٧) عتقه لا أذن سيده فيه ولا رد.

(١) فى ط: وصدق.

(٢) تقدم.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: وكذلك أو.

(٥) فى ط: يجده.

(٦) فى ط: لم.

(٧) فى ط: عقل.

فى النكت: نهى النبى ﷺ عن نقل الولاء وعن هبته^(١)، والعتق عن الغير كذلك، ولأنه معروف [يجز بقول قائل]^(٢).

والجواب عن الأول: أنه نهى عن ولاء [تقرر للأول]^(٣)، وهذا لم يقرر ابتداءً إلا لمعتق عنه.

وعن الثانى: أن الحق فيه له ولمن بعده ممن يدور الولاء له، فليس له إبطال حق الغير.

قلت: الأوقاف والأموال تنتقل للغير، ومع ذلك القبول شرط. بل الجواب: أن العتق غلب فيه حق الله تعالى؛ بدليل أنهم إذا اتفقوا على عدم التقويم لا يصح.

قال بعض القرويين فيمن أعتق عن عبد غيره: إن ابن القاسم أراد أن سيد المعتق عنه علم بذلك، فلذلك كان الولاء له، ولم يعد لعبده إن أعتق فيصير كعتق العبد بإذن سيده.

أما إن لم يعلم حتى عتق العبد: فالولاء للمعتق عنه: كالعبد يعتق عبداً ولاية السيد حتى يعتق والولاء لمن أعتق عنه ميتاً أو حياً، وقد أعتق جماعة من الصحابة سوائب فلم يرثوهم، وكان ميراثهم للمسلمين، وقال عمر رضى الله عنه: ميراث السائبة لبيت المال.

ولأن معتقها أعتق من المسلمين، والسائبة المنهى عنها إنما هى عتق الأنعام. والسائبة: أن يقول له: «اذهب فأنت سائبة»، يريد: الحرية. ولم يختلفوا فى عتق الوصى عن الميت أن ولاءه للميت، وفى الموطأ: أن سعد ابن عباد قال: يا رسول الله ﷺ: إن أمى هلكت وليس لها مال، أينفعها أن أعتق عنها؟ فقال النبى ﷺ: «نعم»^(٤) فأعتق عنها.

وفى حديث آخر: «أَعْتَقَ عَنْهَا وَتَصَدَّقَ؛ فَإِنَّهُ سَبَبٌ لَهَا»، وأعتقت عائشة - رضى الله عنها - عن عبد الرحمن بن أبى بكر رقاباً كثيرة بعد موته، وكان ولاؤهم لمن

(١) تقدم.

(٢) فى ط: يجد بقوله قال.

(٣) فى ط: تقرير الأول.

(٤) أخرجه مالك فى الموطأ (٧٧٩/٢) (١٣).

يرث الولاء عن أخيها.

وقوله تعالى: «وفى الرقاب» هي الرقبة تعتق من الزكاة، فولأؤها للمسلمين.
قال محمد: وإن أعتق عبده بشرط أن ولاءه لفلان، بطل الشرط، وهو للمعتق،
إلا أن يقول: «أنت حر عن فلان»، وإن قال: «أنت حر عن فلان وولأوك لى» بطل
الشرط، وهو للمعتق عنه.

وإن قلت لمديرك: «أنت حر عن فلان»، عتق وولأوه لك؛ لأنه تابع لعقد
التدبير.

قال ابن القاسم: وإن بعث مديرك بشرط العتق، فأعتقه المشتري، فولأوه
للمشتري، وإن أعتقت أم ولدك عن رجل، نفذ العتق، وولأوها لك، وكذلك بيعها
ممن يعتقها، كما لو أعطاه مالا على عتقها.

وقال سحنون: يبطل العتق وترد إليك تبقى أم ولد.

وإن بعثها بغير شرط العتق، فأعتقها المشتري: قال محمد: ينقض العتق،
وترجع أم ولد سيدها، ويرد الثمن، بخلاف المدبر؛ لتأكد عتقها.

قال اللخمي: بيع الولاء لا يجوز للحديث؛ ولأنه غرر لا يدرى: هل لا يتبع
بإرثه وغيره أم لا؟ وأما الهبة: فلأنها هبة لما بعد موت المعتق، فهي هبة لملك
الغير، وتختلف، هل يصح فيما يكون في حياة الواهب؛ لأنه وهب ما يكون من
الميراث في صحته، كما لو وهب في صحته ما يرث من أبيه، وقد اختلف فيه.
وإن وهب ذلك في مرض المولى، صحت الهبة على المشهور، والولاء للمعتق،
وأعتقه عن نفسه، وأن يكون المعتق كأصل الحرية ليس مدبرا، ولا مكاتبًا، ولا
معتقًا إلى أجل، ولا معتقًا بعضه، والتساوى في الدين فيكونان مسلمين أو
نصرانيين، فإن انخرم أحدهما لم يثبت له الولاء.

وعن مالك: لا يعتق أحد سائبة؛ لنهي ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته^(١).

وعن ابن القاسم: يمنع ابتداء، فإن وقع فالولاء للمسلمين، ويخرج على هذا
العتق عن الحي أو الميت.

وعن عبد الملك: الولاء للسيد دون المعتق.

[و] (١) في المقدمات: منشأ الخلاف في المسألة: المنع؛ لأنه هبته للولاء، والقائل بالجواز فهم أن مراده: جعل الولاء للمسلمين ابتداء، ولم يتحقق عند ابن القاسم مراده؛ فكرهه ابتداء.

ولو قال: «أنت حر عني، وولاؤك للمسلمين» لم يختلف أن الولاء له دون المسلمين.

أو: «أنت حر عن المسلمين، وولاؤك لي»، لم يختلف في جوازه، وأن الولاء للمسلمين.

تمهيد:

قال (ش)، و (ح): ولاء السائبة للمعتق.

لنا: ما تقدم.

ولأن المعتق ملكهم ملك المسلمين في عتقه، فهو كالوكيل عنهم، كأرباب الزكاة.

ولأن الولاء كالنسب، ولما كان له أن يتزوج ويتسرى فيدخل النسب على عصبته بغير اختيارهم؛ فكذا الولاء، والولاء يرجع للميراث، والإنسان يتزوج فيلد من يرثه المسلمون.

احتجوا: بأن العرب كانت تسبب الأنعام والعبيد، فنهوا بالآية.

ولأنه لو صرح بقوله: «لا ولاء لي عليك»، لم يطل ولاؤه، فأولى (٢) في قوله: «أنت سائبة».

وعتق الإنسان عن أبيه إنما جاز لأن النسب قد يلحق بأبيه، فكذاك يعتق عنه، والمسلمون يرثون بالدين لا بالنسب.

ولقوله ﷺ «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» (٣).

والجواب عن الأول: أنه لم يعرف عنهم في العبيد.

وعن الثاني: أنا نلتزمه، فإذا قال: لا ولاء لي عليك، يكون ولاؤه للمسلمين.

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: وأولى.

(٣) من حديث عائشة أخرجه البخاري (٣١٥/٩) كتاب الطلاق: باب لا يكون بيع الأمة طلاقاً (٥٢٧٩) ومسلم (١٤٤/٢-١٤٥) كتاب العتق: باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤/٤).

وعن الثالث: أن النسب يلحق -أيضا- بالمسلمين؛ لأنهم عصبه من لا وارث له.

وعن الرابع: أن الوارث يرث بالدين لا بالنسب؛ لأنه لو كان كافرا ما ورثه المسلم.

وعن الخامس: أنه مطلق في الأعيان، فحمله على من أعتق عن نفسه، وإلا لزم عتق الوكيل، وقال (ش): إن أعتق عن الغير بأمره، فالولاء لمن أعتق عنه، أو بغير أمره فالولاء للمعتق^(١).

وقال (ح): للمعتق^(٢) مطلقا.

لنا: ما تقدم.

احتجوا: بقوله ﷺ: «الْأَعْمَالُ بِالتَّيَاتِ، وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ مَّا نَوَى»^(٣) ولأنه إذا أعتق بأمره، كأنه ملكه، وأعتق عنه بالوكالة.

والجواب عن الأول: أنه لنا؛ لأنه نوى أن يكون الولاء للمسلمين.

والجواب عن الثاني: أن الإذن ليس شرطا؛ لأنه لو أعتق عن محجور عليه وقيل: [ولاؤه لك]^(٤) صح، فيفرض من أعتق عن المسلمين بإذن الإمام، فإنه لا ضرر على المسلمين في ذلك، وإذا صح ذلك صح في جميع الصور؛ لأنه لا قليل يفوت.

فإن قيل: ولاية اليتيم خاصة؛ لأنه يبيع^(٥) ماله، ويخرج جميع ما يلزمه، وولاية الإمام عامة.

قلنا: يلزمكم أنكم وافقتم إذا مات وعليه كفارة، فأعتق عنه ولده، وقع العتق، وكان الولاء للمعتق عنه، ولا إذن للميت.

قاعدة: التقديرات الشرعية: إعطاء الموجود حكم المعدوم؛ لما^(٦) تدعو إليه

(١) في ط: للمعتق.

(٢) في ط: لمعتق.

(٣) تقدم.

(٤) في ط: وليه ذلك.

(٥) في ط: يتبع.

(٦) في ط: كما.

الضرورة من الجهالة والغرر في العقود، والنجاسات من دم البراغيث ودماء الجراح في العبادات، وتقدير عدم العصمة إذا قال لها: أنت طالق اليوم إن قدم زيد غداً، فإن الإباحة حاصلة اليوم إجمالاً، فإذا قدم زيد غداً قدر رفعها.

وكذلك إذا اشترى أمة، ووطنها سنة، ثم ظهر على عيبتها، فردها، وقلنا: الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله - فإن الإباحة السابقة يقدر عدمها.

وإعطاء المعلوم حكم الموجود، كتقدير^(١) ملك الدية للمقتول خطأ حتى تورث عنه، فإن الميراث فرع الملك، والملك بعد الموت محال، وقبله في الحياة في الدية محال؛ لأن سببها زهوق الروح.

وكتقدير الملك للمعتق عنه، فيقدر أنه ملكه وأعتق عنه بطريق الوكالة وهو متجه^(٢) فيما إذا أذن له فيكون ذلك الإذن توكيلاً في نقل الملك والعتق.

أو أعتقه عن كفارته بغير إذنه، فإن كونها واجبة عليه، وظاهر حاله يقتضي القيام بالواجب فهو كالإذن في العتق، فإن لم يأذن فهو مشكل في التطوع، أى: أن يلاحظ تغليب حق الله - تعالى - في العتق عن المسلمين من الزكاة وعن الميت.

فرع: في الكتاب: إن أعطيته مالا على تعجيل عتق عبده ومدبره: لزمك المال، والولاء له؛ لأنك معين لا معتق، وإن كان العتق إلى أجل امتنع، كأخذ المال على الكتابة أو التدبير؛ لأنه غرر، وإن أعتقت العبد عن امرأته الحرة فولأؤه لها، ولا يفسخ النكاح؛ لأنها لم تملكه إلا بدفع مال لك؛ لأنه شراء، وسوى أشهب.

قال ابن يونس: قال محمد: فإن وقع الغرر في العتق إلى أجل، أو التدبير أو الكتابة، فيرد ما أخذ من المال، ولا يكون له من ثمنه شيء؛ لفساد العقد.

وقال أشهب: يمضى ذلك كله ويأخذ المال؛ لأن الفاسد يثبت بالعتق.

قال ابن القاسم: إن باعه على أن يدبره المبتاع أو يعتقه إلى أجل امتنع؛ لأن مقصود العتق قد لا يحصل بموت السيد أو العقد أو حدوث الدين، فإن فات العتق^(٣) بذلك، فالولاء للمبتاع؛ لتقرر الملك له بالقرب، وللبائع الأكثر من القيمة يوم القبض، أو الثمن؛ لأنه رضى أن يأخذه بذلك.

(١) في ط: كتقديم.

(٢) في ط: سحة.

(٣) في ط: بالعتق.

وكذلك إن بعثها على أن يتخذها أم ولد.
 قال اللخمي في دفع المال ليدبر، ونحوه: قال سحنون: يوقف المال، فإن حصلت الحرية أخذه، وإلا رده.
 وقول أشهب حسن؛ لأن هذا يراد به المعروف والتعاون على القرب دون المكايسة؛ ولذلك يختلف إذا دفعه على الكتابة.
 وإذا دفعت الزوجة مالا لسيد زوجها على أن يعتقه، ولم تقل: «عني»، فالولاء للسيد، والزوجة باقية؛ لأنها لم تملكه.
 أو قالت: «عني»، فالولاء لها، وانفسخ النكاح عند ابن القاسم؛ لأنها ملكته، ولا ينفسخ عند أشهب؛ لأنها لم تشتريه^(١) وإنما أعانت حروفاً.
 وإن قالت: «أعتقه» ولم تقل: «عني»، فالولاء له، والنكاح باق، وإن سأله أن يعتقه عنها، فالولاء لها، وينفسخ النكاح على قول ابن القاسم؛ لأنها استوهبته دون أشهب.
 وإن أعتق عنها بغير أمرها، فالولاء لها، والنكاح ثابت، قولاً واحداً.
 فرع: في الكتاب: إن أعتق عن أبيه النصراني، فلا ولاء له، وولاؤه للمسلمين؛ لأنه لا ميراث مع اختلاف الدين، وإن كان العبد نصرانياً، فولاؤه لأبيه.
 وإن أعتق النصراني نصرانياً فأسلم، وللسيد وارث مسلم رجل: كآب، وأخ، وابن عم - فولاؤه له، وإن كان العبد حياً، ولا يحجب وارثه، كما لو مات ولد النصراني مسلماً ورثة عصبته^(٢) المسلمون، فإن أسلم السيد يرجع إليه الولاء.
 وإن أعتق نصراني عبداً قد أسلم، أو ابتاع مسلماً فأعتقه، فالولاء لجماعة المسلمين، ولا يرجع إليه إن أسلم، فإن أعتق نصراني نصرانياً إلى أجل أو كاتبه، فأسلم العبد قبل الأجل - بيعت الكتابة وأجل المؤجل، فإذا حل الأجل وأدى المكاتب عتق، وولاؤه للمسلمين؛ لمنع الكفر من التوارث، فإن أسلم رجع إليه؛ لزوال المانع.

ولأنه عقد له العتق وهو على دينه، فإن كان العبد مسلماً فأعتقه بتلاً، أو إلى أجل وكاتبه، ثم أسلم السيد قبل الأجل، أو أداء^(٣) الكتابة أو بعد ذلك، فإن أعتق العبد

(١) في ط: تسره.

(٢) في ط: عبه.

(٣) كذا في ط.

فولاؤه للمسلمين.

وإن أسلمت أم ولده؛ فعتقت عليه، فولاؤها للمسلمين، فإن أسلم رجع إليه.
قال ابن يونس: إذا أعتق نصراني من العرب من بنى تغلب عبدًا نصرانيًا، ثم أسلم، فميراثه لعصبة السيد المسلمين، وجناية العبد بعد إسلامه يعقلها بنو^(١) تغلب.

وقال أشهب: إذا أعتق النصراني الذمي نصرانيًا فأسلم العتيق، ثم جنى وسيده نصراني، لا يلزم ذلك ورثة السيد المسلمين، ولا قرابته، ولا سيده إن أسلم، بل بيت المال؛ لأنه لو أسلم سيده، ثم جنى خطأ يبلغ ثلث الدية فأكثر، لم يكن على عصبته وقومه شيء، بل بيت المال، بخلاف القربى.

وإذا دبر النصراني نصرانيًا ومات السيد على النصرانية، عتق في ثلثه، وولاؤه للمسلمين، إلا أن يكون لهذا النصراني ورثة مسلمون، فإن حمل الثلث نصفه رق باقيه، وإن كان ورثته نصارى بيع عليهم ما رق، وولاء ما عتق للمسلمين، وإن كانوا مسلمين: فما رق للمسلمين؛ لأن ورثته لا يرثونه، وإن لم يكن له وارث: فما رق للمسلمين.

والفرق بين ما تركه النصراني من الموالى، وما تركه من مال: أن المولى^(٢) كولد حدث له فأسلم؛ لأن الولاء كالنسب، فأخوته المسلمون يرثونه، فكذلك يرثون المولى^(٣)، والمال يورث عنه إن كان على دينه؛ لأن شرط التوارث اتحاد الدين، وإنما كان بيت المال يرث ما تركه النصراني من ولده المسلمين؛ لأن السنة مضت أن يرثه عصبته المسلمون؛ فصار كمن لا وارث له، وإذا أعتق الكافر المسلم، لا يرجع إليه الولاء إذا أسلم؛ لأنه يوم أعتق لم يكن له ولاء وإن أعتقه على دينه فولاؤه له؛ لأنه يجوز له ملكه، فيرجع [إليه الولاء]^(٤) بالإسلام.

وإن أسلمت أمته فأولدها بعد إسلامها عتقت عليه، وولاؤها للمسلمين، ولا يرجع إليه؛ لأنه أولدها بعد إسلامها، ويمتنع عليه ملكها، ولو أسلم قبل أن تعتق

(١) فى ط: من.

(٢) فى ط: المولى.

(٣) فى ط: المولى.

(٤) فى ط: إلى الآباء.

عليه؛ لبقيت في ملكه، وتعتق من رأس ماله بعد موته، وولاؤها للمسلمين؛ كما لو دبر عبده أو كاتبه بعد إسلامه، فلم يؤجل المدبر، ولا بيعت كتابة المكاتب حتى أسلم السيد - فإنهما يقيان على حالهما بيده، فإذا عتقا فولاؤهما للمسلمين؛ لأنه عقد لهما ذلك، وهم مسلمون.

وقال (ش) و (ح): إن أسلم العبد فأعتقه قبل بيعه عليه فولاؤه له؛ لأنه أعتق قبل زوال ملكه، والولاء لمن أعتق.

وجوابه: منعنا من بيعه عليه بعتقه؛ ليقى له الولاء؛ فيمنع من الولاء كالمالك. وإذا أعتق المسلم نصرانياً: قال مالك: يرثه ولده الذي على دينه دون أخيه وغيره؛ لأن الولد مولى من عتق أبوه.

وعنه: لا يرثه ورثته الكفار، بل المسلمون.

وعنه: يرثه ابنه وأبوه دون غيره.

وعنه: يرثه إخوته.

قال ابن القاسم: يرثه كل وارث من القرابة.

وقال المخزومي: لا يرثه مولاه أبداً، بل ولده، وإلا فبنو عمه، وإلا فمن أخذ ميراثه من النصارى، فإن لم يطلب ميراثه أحد، أوقفناه في بيت المال، ولا يكون فيئاً.

فتلخص - إن لم يترك ورثة - خمسة^(١) أقوال:

ماله للمسلمين دون الورثة.

لولده خاصة.

لأبيه وابنه.

لهما ولأخوته.

لكل من يرث من القرابة، وهو مذهب المدونة.

قال ابن القاسم: إذا كاتب المسلم عبده النصراني، وكاتب المكاتب عبداً له، ثم أسلم الأسفل، أو جهل بيع الكتابة حتى أديا جميعاً فعتقا - فولاء الأعلى لسيده، ولا يرثه؛ لاختلاف الدين، بل المسلمون، وإن أسلم ورثة السيد عند عدم القرابة،

(١) في ط: ثلاثة.

وولاء الأسفل للسيد الأعلى ما دام سيده نصرانيا، ولو ولد للمكاتب الأعلى ولد بعد العتق فبلغ وأسلم، ثم مات ورث مولى أبيه، وإن أعتق عبيداً مسلمين وماتوا، ورثهم بيت المال؛ لأن ولاءهم لم يثبت لهذا النصراني حين أعتقهم فيجبره إلى سيده، فإن أسلموا بعد العتق ورثهم السيد دون^(١) مولاهم، أو ولد مسلم إن كان لهذا المكاتب النصراني، وكل من لا يرجع إلى النصراني ولاؤه إذا أسلم، فليس لسيده من ذلك الولاء شيء، فكل ولاء إذا أسلم رجع إليه، فذلك الولاء ما دام نصرانياً لسيده الذي أعتقه.

قال للخمى: إذا أعتق النصراني نصرانياً، فله ولاؤه، ويعقل عنه أهل جزيته، فإن مات معتقه، ثم مات العتق، ورثه من له الولاء عند أهل دينه. فرع: في الكتاب: يمتنع عتق المكاتب والعبد وتديبرهما بغير إذن السيد، وللسيد رد ذلك؛ لأنه تنقيص لماله، فإن ردهم يلزمهما إذا أعتقا؛ لأن رد السيد فسخ، وإن لم يعلم حتى عتقا نفذ، والولاء لهما؛ لعدم الفسخ، إلا أن يستثنى السيد مال عبده عند العتق، ويرد فعل العبد، ويرجع معتق العبد رقيقاً للسيد.

وما أعتقا بإذن السد جاز، والولاء للسيد؛ لأنه كالمعتق في المعنى بإذنه. وإذا أعتق المكاتب رجع إليه الولاء؛ لأنه ليس له انتزاع ماله، وإن عتق العبد لا يرجع إليه الولاء، وأم الولد في العتق كالعبد؛ لأنها رقيق، وله انتزاع مالها. قال ابن يونس: قال محمد: إذا علم السيد ولم يرد، هو كعدم علمه؛ كالأخذ بالشفعة، والرد بالعيب.

وأصل مالك: أن من له انتزاع ماله، فولاء من أعتق بإذنه، ومن لا فلا، كالمكاتب.

فإن أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد بإذنه: فقال أصبغ: الولاء لهما؛ لتعذر نزاع المال حيثئذ.

وقيل: للسيد؛ لأنه لو صح انتزاع، وقاله أشهب في المعتق بعضه يعتق بإذن سيده، ولا يرجع، وإن امتنع النزاع، وخالفه ابن القاسم.

وقال محمد: عتق المدبر وأم الولد بإذنه في المرض موقوف، إن مات فالولاء

(١) في ط: سيد.

لهما، وإلا فله؛ لكشف الغيب عن امتناع النزع وجوازه.
وكذلك المكاتب [يعتق ثم يعجز]^(١) لا يرجع إليه الولاء؛ لانكشاف الغيب عن
إمكان النزع.

فإن أعتق عبد مشترك فيه عبداً بإذن أحد الشريكين، ولم يعلم الآخر حتى أعتقه
- أن ولأ ذلك العبد له دون سيده ما بقى العتيق أو عصيته الأحرار؛ لتعذر النزع في
المال على السيد دون الآخر؛ قاله ابن القاسم.

وفي العتبية: إن أعتق المعتق بعضه بإذن من له فيه الرق، فالولاء بين المعتق
لبعضه والتمسك نصفين، فإذا عتق رجع إليه، وإن أعتق نصفه فله رد عتقه.

قال مالك: إن أعتق المدبر أو الموصى بعتقه بعد موت السيد وقبل التقويم في
الثلث - وقف عتقه، فإن خرجاً منه انعدما، أعتقا أو جنيا بعتقه، وإن خرج البعض
رد العتق كله لتعيين الحج. قال ابن القاسم في الكتاب: إن أعتق المكاتب عبده على
مال العبد امتنع؛ لأن له انتزاعه، وإلا جاز على وجه النظر؛ لأن له مكاتبته عبده على
وجه النظر، وإن كره السيد. فإذا أدى المكاتب كتابته، فله ولمكاتبته، وإلا فللسيد.
وفي الكتاب: قلت للمكاتب: «أعتق عبدك على ألف»، ولم تقل: «عني»،
جاز، إن كان الألف ثمن العبد أو أكثر، والولاء للمكاتب إن عتق وإلا فللسيد،
ولا شيء لك؛ لأنك معين لا معتق.

وإن حابى المكاتب المشتري حين قال له: «أعتقه»، ولم يقل: «عني»، لم يكن
للسيد إلا إجازة ذلك، أو يرده، أو ينقض العتق.

والفرق: أنه إذا قال: «أعتقه عني» فكأنه اشتراه وأعتقه؛ فوجب عليه غرم
المحاباة، وإن لم يكن له مال رد من عتق العبد بقدر ذلك؛ لأنه دين قبل العتق، وإذا
لم تقل^(٢): «عني»، فإنما دفعت المال ليعتقه عن نفسه، فهو كعتقه، فإما يجيزه
السيد أو يرده، وإما رغبة في أنك اشترطت عليه الولاء لك، أو^(٣) أنك قلت له:
«عني»، صدق مع يمينه، فإن نكل حلفت ولك الولاء.

قال اللخمي: وإن أعتق العبد بغير إذن سيده، فعلم به فأجازه، فهو كالعتق بإذنه،

(١) في ط: يعجز ثم يعتق.

(٢) في ط: يقل.

(٣) في ط: و.

وإن علم ولم يرد فقولان.

وقيل: إذا لم يعلم حتى عتق العبد، فالولاء للسيد.

وإذا أعتق المكاتب فمات العتيق قبل العجز أو^(١) الأداء ورثها السيد الأعلى إن لم يكن له نسب دون نسب المكاتب، ولا يجر الولاء حتى يستكمل الحرية، فإن [مات]^(٢) بعد الأداء وموت المكاتب الذي هو سيده الأدنى، ورثه ولدهم الذين كانوا معه.

فرع: في الكتاب: إذا كاتب المسلم عبده النصراني، وكاتب المكاتب عبداً له نصرانياً، ثم أسلم الأسفل، فلم تقع الكتابة وجهل ذلك حتى أديا جميعاً فعتقا، فولاء الأعلى لسيده، ولا يرثه لاختلاف الدين، ويرثه المسلمون، ولو أسلم كان ميراثه لسيده، وولاء الأسفل للسيد الأعلى ما دام سيده نصرانياً، وإن ولد للمكاتب الأعلى بعد العتق ولد فبلغ وأسلم ومات، فولأؤه لورثة مولى أبيه، وأما إن أعتق عبداً مسلماً، ومات عن مال، ورثه المسلمون؛ لأنه لم يثبت له ولأؤه فيجره للسيد، وإن تأخر إسلام العبد بعد عتقه، ورثه سيده أو ولده المسلم إن وجد لهذا المكاتب النصراني.

وكل من لا يرجع إلى النصراني من ولائه شيء إذا أسلم هو، فليس لسيده الذي أعتقه.

فرع: قال: إذا أعتق حاملاً من زوج حر، فولاء جنينها للسيد؛ لأنه المعتق. وقال عطاء بن أبي رباح: ميراثه لأخيه.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا أعتق أمته الحامل من العبد، ووضعته بعد العتق، ثم حملت بآخر ولدته: فميراث الولدين لمعتق الأب والأم يرثهما جميعاً بالنسب، فإن مات قبلها ثم مات بعده ورث الأول مولى الأم، والثاني مولى الأب.

فرع: في الكتاب: قال يحيى بن سعيد: إن تزوج أمة بغير إذن سيده، فأولدها فعتق الولد قبل أبويه، ثم عتقا، فيرثاه ما بقيا.

قال مالك: فإن ماتا^(٣) فولاء الولد لمن أعتقه، ولا يجر الوالد ولأؤه ولده لسيده،

(١) في ط: و.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: مات.

وإنما يجر إليه ولاء ولده من زوجته الحرة، وأما الأمة فولأؤها لمعتقهم؛ لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»^(١).

قال ابن يونس: قال مالك: وما ولد للمدبرة^(٢) أو المكاتبه من زوج حر أو مكاتب، فولدها^(٣) ولأؤه لسيدها دون سيد الأب.

قال ابن القاسم: وكذلك لو وضعته المكاتبه بعد الأداء إذا مسه الرق في بطنها؛ لأن الأم أقوى في تبعية الولد؛ بدليل الرق والحرية^(٤).

وإذا مات مكاتب وترك ولدًا من زوجة حرة، وأولادًا^(٥) أخر حدثوا في الكتابة من أمته، وترك وفاء الكتابة أو لم يترك، فأدى عنه ولده الحادث في الكتابة، فلا يجر إلى سيده ولاء^(٦) ولده الأحرار في الوجهين؛ لأنه مات قبل تمام حرته، ولا يجر الولد الحادث في الكتابة إلى السيد ولاء إخوته.

قال مالك: فإن كاتب المكاتب عبدًا له، ثم هلك المكاتب الأول وترك ولدًا حدثوا في الكتابة، أو كاتب عليهم، وولدًا أحرارًا فأدى ولده الذين في الكتابة، كان ولاء المكاتب الأسفل إذا أدى لولد المكاتب الأول الدين في الكتابة دون ولده الأحرار كفاضل ماله.

قال عبد الملك: ولاء^(٧) الأسفل للسيد الأعلى دون ولد المكاتب الذين أدوا بقية الكتابة بعد موت أبيهم؛ لأن أباهم مات قبل تمام حرته.

قال ابن القاسم: وإن أدى المكاتب الأسفل قبل الأعلى، ثم أدى المكاتب الأعلى لرجع إليه ولاء مكاتبه الأسفل عند مالك؛ لأنه كان حائزًا لماله ونفسه.

فرع: قال اللخمي: إن دبر العبد أمته بغير إذن سيده، فأجاز أو يأذنه^(٨) فذلك انتزاع، والولاء للسيد الأعلى، ويعتق من رأس ماله، والعتق معلق بحياة العبد،

(١) تقدم.

(٢) في ط: للمدبر.

(٣) في ط: فمترلتها.

(٤) في ط: للحرية.

(٥) في ط: وولدا.

(٦) في ط: ولا.

(٧) في ط: ولا.

(٨) في ط: إذنه.

ويحرم عليه وعلى السيد وطؤها، فإن لم يعلم حتى عتق العبد فعلى القول: إن الولاء للعبد، يكون يعتق من ثلثه، والولاء له، ويجوز له وطؤها، وإن دبر المعتق إلى أجل قبل قرب أجله بإذن سيده، فهو انتزاع، وهو عتق إلى أجل، وإن قرب الأجل وامتنع نزع ماله فهو تدبير، فإذا انقضى الأجل عتق بموته من ثلثه. وإن دبرت أم الولد في صحته بإذنه فهو معتق إلى أجل من رأس مال السيد الأعلى، والعتق معلق بحياته^(١)، أو في مرضه فهو مدبر يعتق^(٢) من ثلثها، ولو أعتقت بعد موت سيدها، ثم ماتت، ثم مات المولى، فولأؤه لولدها دون ولد سيدها^(٣)؛ فإن لم يكن فلولد سيدها^(٤)، لأن ولدها يرث بالنسب، وولد السيد بالولاء.

وإن دبر المكاتب خير سيده بين الإجازة والرد، وإن أجاز [منع]^(٥) المكاتب من الوطء؛ خوفاً أن يعجز فتكون معتقة إلى أجل، فلا تحل لواحد منهما، فإن [أدى كتابته]^(٦) كانت مدبرة تعتق من ثلثه، ولا يمنع عنها.

وإن دبر المعتق بعضه بإذن من له فيه رق فهو مدبر؛ لامتناع نزع ماله، ويجوز له الوطء، فإن مات عتقت من ثلثه، وأخذ المتمسك بالرق الباقي وهو الثلثان؛ لأنه مات المعتق بعضه قبل تمام حرته، وكل موضع يصح فيه التدبير يكون الولاء فيه للسيد الأسفل، وإلا فمعتق إلى أجل والولاء للأعلى.

فرج: في الكتاب: إذا أسلم عبد الحربى وخرج إلينا وأسلم بعد خروجه فهو حر، ولأؤه للمسلمين؛ لزوال الملك عنه بالخروج، وإن أسلم سيده بعده وقدم لم يرد في الرق، ولم يرجع إليه الولاء، فأما إن أعتقه ببلد الحرب، ثم أسلم العبد وخرج إلينا^(٧)، ثم خرج سيده فأسلم - رجع ولأؤه إليه إن ثبت عتقه إياه بشهود مسلمين؛ لثبوت الملك وقت العتق.

(١) في ط: بحياتها.

(٢) في ط: معتق.

(٣) في ط: سدها.

(٤) في ط: سدها.

(٥) سقط في ط.

(٦) في ط: أديا كتابته.

(٧) في ط: إليها.

وإن قدمت جاريته بأمان فأسلمت فولأوها للمسلمين، فإن سبى أبوها بعد ذلك فعتق وأسلم جر ولأوها^(١) لمعتقه؛ لأنه يملك ولأوها [أحرورة]^(٢) تقدم فيها أو فى ابتها.

وقال سحنون: لا يجزى الأب ولأوها؛ لأنه قد ثبت للمسلمين.
قال ابن يونس: إن قدم التاجر فأسلم فقدم أبوه بعده، وشهد مسلمون أنه أبوه، لحقه نسبه.

قال أشهب: عتق الحرى فى دار الحرب باطل، ولا ولاء له به، وإنما عتق هذا العبد خروجه إلينا، ولو مات عندنا، بعثنا بتركته إليه؛ لأن القاعدة: أن عتق النصرانى باطل، إلا أن يسلم أحدهما، وإنما يصح كلام أشهب إذا أسلم العبد بعد خروجه، وعليه يدل كلام محمد، أما قبل خروجه فينتفى الوفاق عليه؛ لأن أشهب يجعله حرًا بإسلامه وإن لم يخرج إلينا، ولم يعتقه سيده، فكيف إذا اعتقه؟ فيكون ولأؤه لمولاه؛ لأنه اعتقه وهو على دينه، فإذا قدم مولاه، فأسلم، رجع إليه ولأؤه فى قول ابن القاسم وأشهب.

وإن أسلم عبد الحرى بيده: قال ابن القاسم: لا حرية له إلا أن يخرج قبل سيده؛ فيكون حرًا بخروجه، فإن جاء سيده فلا ملك له، ولا ولاء له، أو جاء سيده قبله كافرًا أو مسلمًا كان له رقا، وكذلك لو تقدم معه يوم يبيعه من مسلم إن لم يسلم، وذلك أنه خرج قبل سيده فقد غنم نفسه كما لو غنم غيره، وإن أسلم سيده قبل خروج العبد الذى أسلم لبقى ملكه عليه، وإن خرج العبد قبله، وجعله أشهب حرًا بإسلامه.

قال: لو صح ذلك ما كان ولاء بلال لأبى بكر - رضى الله عنهما - وقد اعتقه قبل إسلامه، فاضطر أشهب إلى أن قال: لم يكن ولأؤه لأبى بكر، وقد قال مالك: بلغنى أن بلالا طلب الخروج إلى الشام فى الجهاد، فمنعه أبو بكر - رضى الله عنهما - فقال له بلال: إن كنت أعتقتى لنفسك^(٣) فاحبسنى، أو أعتقتى لله فخل سبيلى، فقال له: خليتك. وهو يؤيد قول ابن القاسم.

(١) فى ط: ولأوه.

(٢) كذا فى ط.

(٣) فى ط: لنفسه.

قال أشهب: لو أسلم سيده بعده بساعة ما كان له ولاؤه حتى يسلم قبله أو معه. واتفق ابن القاسم وأشهب إن دخلنا دار الحرب وقد أسلم العبد وحده: أنه بذلك حر.

قال ابن القاسم: وذلك استحسان ولايته لخروجه إلينا. قال ابن القاسم: إن أسلم ولد الذمي قبل أبيه، فلحق الأب بدار الحرب ناقضاً [للعهد]^(١) فبسبب ويباع ويعتقه المبتاع ويسلم - لا يجر ولاء ولده إلى معتقه؛ لأنه ثبت للمسلمين، وهو شبه قول سحنون في الحرية التي قدمت بأمان. قال: ويحتمل الفرق.

وعند ابن القاسم: أن ملك ابن الحرية ملك مجمع عليه، فإذا أعتق قوى في جر الولاء، وملك الذمي الناقض^(٢) مختلف فيه؛ لأن أشهب يقول: هو حر يتمتع استرقاقه، وإن ولاء ولده قائم للمسلمين.

فرع: في الكتاب: إذا أعتق الذمي عبداً له نصرانياً فأسلم، ولحق السيد بدار الحرب ناقضاً للعهد فسبى، ثم أسلم رجع إليه ولاؤه، ولا يرثه لما فيه من الرق، بل المسلمون إلا أن يعتق قبل موته، ولا يرثه سيده الذي استرقه ما دام هو في الرق، ولا يشبه ذلك المكاتب الأسفل يؤدي قبل الأعلى، ثم يموت عن مال، فهذا يرثه السيد الأعلى؛ لأنه قد أعتقه مكاتب هو في ملكه، وهذا أعتق هذا، وهو حر قبل أن يملكه هذا السيد، فإن عتق فولأؤه له ولا يجره إلى معتقه الآن، وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذمي قبل، فأما ما تقدم له فأسلم قبل أن يؤسر فلا يجر ولاءه لمعتقه؛ لأنه ثبت للمسلمين، ولو صار هذا حين سبى في سهم عبده الذي كان أعتقه فأعتقه، ثم أسلم هو أيضاً، فولاء كل واحد منهما وميراثه لصاحبه.

قال ابن يونس: قال محمد في عتق الذمي ثم يهرب: إنه يجر ولاء من أعتقه، وولاء ما كان أعتق قبل لحوقه بدار الحرب، وهو خلاف المدونة كجوابه في الحرية وهما سواء لم يملك ولاءهما^(٣) أحد، وإن هرب ثانية لدار الحرب وحارب^(٤) فسبى

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: الناقص.

(٣) في ط: ولاءهم.

(٤) في ط: جابوب.

وبيع فأعتقه مشتره، فولأؤه لمعتقه آخرًا، ولا [يجر إليه ولاء]^(١) ما عتق قبل لحوقه الثاني لدار الحرب، ولا ولاء ولده؛ لأن ولاءهم لمعتقهم أولًا، ولكن ما عتق من الآن أو ولد له.

وفى المدونة: إن أعتق المسلم عبده النصراني، فنقض العهد بغير عذر، وسبى واشترى فأعتق، فولأؤه للثاني، وما تقدم من ولد من حرة أو أعتق من عبد قبل نقضه - فولأؤهم للأول؛ لأن الولاء نسب ثابت، وهؤلاء لم ينقضوا العهد فينتقض ولاؤهم وحریتهم كالعبد يتزوج حرة فيولدها والأملاك تتداوله حتى يعتق، فولاء أولاده لمعتقه.

وقال أشهب: ناقض العهد يرد معه إلى حریته إلا ولاء أولاده. والفرق عند ابن القاسم بين هذا وبين القادمة بأمان فتسلم، فيصير ولاؤها للمسلمين، ثم يسبى أبوها ويعتق: أنه يجر ولاءها، لأن هذه لم يملك ولاءها أحد مسه عتق، ولو سبى أولا فعتقت لبقى ولاؤها، ولاء^(٢) من أعتقت كمعتقها ولا ينتقل^(٣) إلى معتق أبيها.

وإذا قلنا بما في الكتاب: إذا سباه عبده فأعتقه وصار ولاء كل واحد لصاحبه. قال محمد: إن مات أحدهما ورثه الباقي، وميراث الباقي للمسلمين. وقال أشهب: يرجع الأول حرًا ويرد إلى ذمته، وله ولاء مولاه، وعلى القول الأول يجر إلى معتقه الآن ولاء ما تقدم له من عتق أو ولد من حرة إن لم [يمسه رق]^(٤)، ولا عتق، أما لو مسه فلا يجر ما تقدم له من ولاء عتق أو ولد إلى معتقه أحدًا.

فرع: في الكتاب: إذا أعتق المسلم نصرانيًا، فلحق بدار الحرب ناقضًا للعهد، فسبى فهو^(٥) فيء فإن عتق فولأؤه لمعتقه أخيرًا، فإن أعتق، فصار قبل لحوقه أو تزوج حرة نصرانية فولدت منه أولادًا ثم أسلموا، فولأؤهم لمولاه الأول؛ لأن ذلك

(١) في ط: يجره إليه، ولا.

(٢) في ط: ولا.

(٣) في ط: منتقل.

(٤) في ط: يمس رقبته.

(٥) في ط: وهو.

قد ثبت له، وولاؤه هو وولاء ما تولد له أو يعتق من الآن لمولاه الثاني، ولا يجزئ إليه ما قبل الرق الثاني.

فرع: في الكتاب: إذا ردت شهادته بالعتق، ثم اشتراه أو أوصى ابنه بعد موته: أنه أعتق عبدًا في وصيته، ثم ورثه عنه مباشرة، أو أقر بعد الشراء أنه حر، أو أن البائع أعتقه والبائع منكر، أو قال: كنت بعت عبدى منك فأعتقته وأنت تجحد - عتق العبد في ذلك كله بالقضاء، وولاؤه لمن يزعم أنه أعتقه مؤاخذه بالإقرار. أو أقر أنها أم ولد لبائعها له، حرم عليه وطؤها، ولا يعجل عتقها حتى يموت البائع؛ إذ لعل البائع يقر بذلك فتعود له.

[و]^(١) في التنبيهات: قال أشهب: إن أقر أنه باعه من فلان فأعتقه، لا يعتق عليه إلا أن يقر بعدما اشتراه، حيثئذ يكون إقرارًا على نفسه. وفي النكت: إذا أقر أن بائعه له أعتقه، والبائع منكر - عتق على المشتري؛ لإقراره.

زاد ابن يونس: وولاؤه للذى قضى عليه بالعتق، وإذا مات العبد عن مال فللمشتري منه مقدار ثمنه، وباقى المال يكون للبائع إن ادعاه، وإلا كان موقوفًا، فإن ترك أقل من الثمن فليس له غيره، فإن مات البائع أولاً قبل العبد، ثم مات العبد ولم يترك البائع مالاً، فليس للمشتري من مال العبد شيء؛ لأنه يورث بالولاء ولم تظلمه الوصية، ولا الثمن في ذمة من ظلمه، والثمن على البائع، إنما يلزم تركته ولم يترك مالا، فلا شيء له، فإن ترك البائع مقدار الثمن لم يأخذ الورثة ما ترك العبد حتى يرثوا الثمن، أو مقدار ما ترك البائع.

قال ابن يونس: إن قال الشاهد: كنت شهدت بباطل، قال أشهب: لا أعتقه عليه بعد تحليفه، فإن نكل عتق عليه، وولاؤه للمشهود عليه.

وإذا مات المشهود بعتقه بعد المشهود عليه؛ [وترك من]^(٢) لا يرثون الولاء كالنساء، ويرثه المسلمون، ولا شيء للشاهد من تركة الميت؛ لأنه منكر.

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

وكذلك إن كانوا يرثون الولاء، وترك العبد من يرثه بالنسب، فلا شيء للشاهد من التركتين، وإذا اشترى عبداً فأقر أن بائعته أعتقه، وتركه المعتق قبل موت المشهود عليه أو بعده [فهو]^(١) كما تقدم فيمن^(٢) ردت شهادته بعتقه^(٣)، ثم اشتراه. وإذا قال: كنت بعت عبدي هذا من فلان فأعتقه وهو يجحد، والمشتري ملئ بالثمن، لم يستره البائع، ويحكم عليه بعتقه، أو معدماً ولا فضل في قيمته فلا بأس باسترقاقه، وإذا أقر أنها أم ولد للبائع، فماتت عن مال قبل موت البائع، أخذ هذا منه قدر الثمن والباقي للبائع إن أقر، وإلا وقف، وإن مات قبلها فما تركت لمن يرث الولاء عن البائع كما تقدم في العبد. قال بعض شيوخنا: نفقتها في الإيقاف إن عجزت عن نفقة نفسها على البائع؛ لأنها وقفت له، فإن أبي عتقت عليه. وكذلك أم ولد الذمي إذا وقفت له. قال ابن يونس: وعندي أن نفقتها على المشتري؛ لأنها في ضمانه، فهو يدفع بإقراره^(٤) النفقة عن نفسه، ورد ثمنها فلا يقبل منه فيها، ولأنه ظالم في شرائها، والظالم أحق أن يحمل عليه، بخلاف [أم ولد]^(٥) الذمي فإن نفقتها كانت على سيدها، وليست بمتعدية في إسلامها، وملكه باق عليها. قال اللخمي: إذا كان ورثة البائع رجالاً ونساء، فللمشتري الأقل من ثلث ما خلفه العبد، أو الثمن، أو ما ينوب الذكور من الميراث. وقيل: يأخذ جميع الثمن؛ لإقرارهم أن الذي أخذه السيد أخذه بغير وجه، والميراث مؤخر عن الدين، فإن كان وارث الولاء عصبه أو بنون ولم يترك البائع^(٦) مالاً، فلعصبته جميع ما خلف المولى^(٧)، ولا شيء للمشتري. وإن كان ورثة السيد نساء وأحطن بجميع تركته، وورث الولاء عصبته - لم يكن

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: فمن.

(٣) في ط: لعتقه.

(٤) في ط: بإقرارها.

(٥) في ط: أم الولد.

(٦) في ط: للبائع.

(٧) في ط: الولي.

للمشتري شيء.

وإن شهد أحد الشريكين على الآخر أنه أعتق نصيبه من العبد وهو موسر، قال ابن القاسم: يعتق.

وقال غيره: لا يعتق.

قال اللخمي: إنما يصح العتق على القول بالسراية، دون القول: إنه لا يعتق بالقيمة؛ لأنه لا يعتق نصيبه إلا بعد أدائها.

فرع: في الكتاب: إذا أعتق المكاتب عبده على مال العبد امتنع؛ لأنه قادر على انتزاعه، وإن لم يكن له جاز على وجه النظر، وإن كره السيد، فإن أدى فله ولاء^(١) مكاتبه، أو عجز فالولاء لسيد.

فرع: قال: إن قلت لمكاتبك أو المأذون له: أعتق عبدك هذا عني ولك ألف درهم، جاز؛ لأنه بيع، وبيعهما جائز.

فرع: قال: ولد المدبرة والمكاتب من زوج حر أو مكاتب لغير سيدها مثلها في الرق والحرية، وولاءه لسيدتها دون سيد الأب، وكذلك إذا وضعت بعد الأداء إذا مسه الرق في بطنها؛ لأن من أعتق أمته وهي حامل من زوج عبد، فولدته بعد العتق، فإن^(٢) ولدها حر، وولاءه لسيدتها.

فرع: قال: عبد مسلم بين مسلم وذمي فأعتقه معاً، فولاء حصّة الذمي للمسلمين؛ لاختلاف الدين، أو نصرانياً فنصف جنائته على بيت المال لا على المسلم؛ لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي الذين يؤدون معه.

وإن أسلم العبد بعد العتق، ثم جنى فحصة الذمي على المسلمين؛ لأنهم ورثوا حصته، والنصف على قوم المسلم؛ لأنه صار وارثاً لحصته منه، فإن أسلم الذمي رجع إليه ولاء حصته، ثم تكون جناية الخطأ نصفها في بيت المال ونصفها على قوم المسلم.

وفي النكت: قيل في المشترك بينك وبين الذمي: عليه نصف الجزية، وهو النصيب الذي يخص النصراني.

(١) في ط: ولا.

(٢) في ط: أن.

قال ابن يونس: يريد في الجناية: أنها تبلغ ثلث دية، أو ثلث دية المجنى عليه. فرع: قال: إن عتق العبد من الزكاة، فولأؤه وولاء ولده من الحرية للمسلمين؛ لعتقه من مالهم، وعقل موالى المرأة على قومها، وميراثها إن ماتت لولدها الذكور، وإن لم يكن فولد^(١) ولدها الذكور دون الإناث، وينتهي ولأؤها^(٢) إلى قومها كما كانت هي تنتهي، فإذا انقرض ولدها وولد ولدها ورثتها مواليتها لعصبتها الذين هم أقعد بها يوم يموت المولى دون عصبة الولد؛ قاله عدد من الصحابة.

قال ابن يونس: ما أعتقه عن كفارته فولأؤه له؛ لأنه استحدث ذلك على نفسه، فهو كإحداث العتق، والزكاة أوجبها الله للفقراء، ويكتب المعتق من الزكاة أو سائبة في شهادته: «فلان مولى المسلمين ابن فلان»، ولا يكتب: «فلان بن فلان مولى المسلمين»؛ لثلاث يدخل أباه في ولاء المسلمين.

قال مالك في الكتاب: ومن أسلم وكان ولأؤه للمسلمين فتزوج امرأة من العرب، أو من الموالى معتقة، فولدت، فولأه الولد للمسلمين، والولد ههنا تبع للأب، فإن مات الأب، ثم مات ولده، فميراثه للمسلمين، وكل معتقة أو حرة من العرب تزوجها حر عليه ولاء حر، وولده منها لمواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات.

وفي الموازية: إذا مات أبوه ورثته أمه وإخوته لأمه: للأم السدس، ولإخوته الثلث، والباقي لبيت المال إن كانت أمة عربية، أو لمولأها إن كانت معتقة.

فرع: إذا تزوجت الحرة عبداً فولدت منه، فولأه الولد لموالى الأم ما دام الأب عبداً، فإن عتق الأب جر ولاءهم لمعتقه كولد الملاءنة، ينسب لموالى أمه يرثونه ويعقلون عنه^(٣)، فإذا اعترف أبوه انتقل الولاء لمواليه.

فإن كان لولد العبد من الحرية جد أو جد جد عتق قبل الأب، جر ولاء الولد لمعتقه.

قال ابن يونس: قال محمد: لو أن هذا من الحرية كبر، فاشترى أباه^(٤) فشق

(١) في ط: فلذكور.

(٢) في ط: مولأها.

(٣) في ط: عليه.

(٤) في ط: أبواه.

عليه، لكان ولاء هذا الأب لابنه يجره لموالى أمه، كما لو اشتراه غير الابن فأعتقه فاجر ولاءه لمواليه، فولاء الأب ههنا وولاء ولده لمولى أم ولده الذى^(١) أعتقها. قال اللخمي: ميراث موالى المرأة لعصبتها: وعقلهم على قومها، هذا مع عدم الولد.

واختلف فى ميراث ولدها منهم: قاله مالك، ومنعه ابن بكير؛ لأن على بن أبى طالب - رضى الله عنه - قاله، وسنة الصحابة والتابعين: ولاء ولد الحرة المعتقة إذا كان زوجها عبداً لموالى أمه ما دام أبوه عبداً، فإذا عتق جره إلى مواليه، فإن لم يكن له أب، فمعتق أبيه فإن لم يكن، فالمسلمون؛ قاله ابن القاسم فى الكتاب. وقال محمد: إذا عدم المولى فمولى الأم بيت المال عند مالك.

وقال محمد: معتق الأم، فهذا جواب الولاء فيمن أعتق، وأما من أعتق من أعتقن فلهن ولاء المعتق الأسفل ذكراً أو أنثى. وأما ولده: فإن أعتق عبداً وأمه، ثم أعتق ذلك العبد المعتق أو الأمة عبداً أو أمة، فولأؤهم للأعلى، فإن عدم فللأسفل، فإن كان الأسفل عبداً جر ولاء أولاده لمعتق معتقه ذكورهم وإناثهم، وإن كان الأسفل أمة فولاء ولدها لمعتق زوجها ذكورهم وإناثهم، ولا تجره^(٢) لمعتقها ولا لمعتق معتقها.

فرع: فى الكتاب: إن اشترى بتان أباهما فعتق عليهما ورثا منه بالنسب الثلثين، والثلث بالولاء إن لم يكن عصبية، فإن ماتت إحدهما قبله، فمالها لأبيها، فإن مات بعد ذلك فللابنة الأخرى النصف بالفرض، ونصف ما بقى بما أعتقت منه. فإن كانت واحدة واشترى الأب بعد عتقه ابناً له فعتق عليه ثم مات الأب ورثه الابن والابنة، للذكر حظ الأنثيين، فإن مات الابن [ورثت الأخت]^(٣) النصف بالنسب والنصف بالولاء؛ لأن الابن مولى من أعتقت.

قال ابن يونس: قال مالك: ابن وابنة اشترى أباهما ثم أعتق الأب عبداً، ثم مات الأب، ثم مولاه، فميراث الأب بينهما على الثلث والثلثين، وميراث المولى للابن

(١) فى ط: التى.

(٢) فى ط: يجزهم.

(٣) فى ط: ورثا.

وحده، وكذلك لو كانت البنت معتقة الأب كله؛ لأنه إنما يورث بالولاء إذا عدم النسب، وولد الرجل يرث مواله دون من أعتق أباه، فإن اشترى الابن وأجنبى الأب فأعتقه فمات عن مواله، [فميراثه للابن]^(١) وحده دون الأجنبى، لأنه لا يورث بالولاء مع النسب، فإن مات فى المسألة الأولى الابن أولاً، فورثه أبوه، ثم مات عن مواله^(٢): فللبن من أبيها النصف، ونصف النصف بالولاء؛ لأنها أعتقت من الأب النصف، والربع الباقي لأخيها فهو مولى ابنه، ومولى أبيه هو وأخته فلها نصف ذلك الربع؛ فيصير لها سبعة أثمان، والثلث الباقي لموالى أم أخيها إن كانت أمة معتقة، وإن كانت عربية فليبت المال، فإن مات مولى أبيها، فلها منه النصف، والنصف الباقي لأخيها، فهو لموالى^(٣) أبيه، وموالى أبيه هو وأخته^(٤)، فلها نصفه؛ فيصير^(٥) لها ثلاثة أرباع ميراث المولى، ولموالى أم أخيها الربع.

قال محمد: وإن اشترى ابتنان أباهما فماتت إحداهما، ولا يرث غير أختها فلها النصف بالرحم، ونصف النصف بالولاء بما جر إليها الأب، والربع الباقي لموالى أم أختها.

وعن ابن القاسم: تأخذ سبعة أثمان ما تركت: النصف بالرحم، والربع بشركة الولاء، والثلث بجر الولاء إليها.

قال عبد الملك: وهو غلط، فإن ماتت الثانية ولا وارث لها، فنصف ميراثها لموالى أبيها، والنصف لموالى أختها، فإن ماتت إحداهما، ثم مات الأب وترك الثانية: فلها ستة أثمان الميراث: النصف بالرحم، ونصف الباقي بعق أبيهما، ولأختها^(٦) نصف يكون لموالى أبيها. وهم: هى وأختها^(٧) فتأخذ الحية نصفه، ويبقى الثلث لموالى أم الميتة، وإن كانت عربية فليبت المال.

(١) فى ط: فميراث الابن.

(٢) فى ط: موالى.

(٣) فى ط: لمولى.

(٤) فى ط: رآختها.

(٥) فى ط: يصير.

(٦) فى ط: ولأخيها.

(٧) فى ط: وإخواتها.

فضابط هذا الباب على كثرة مسائله: أن يقسم لمن يرث بالنسب، فإن استكمل فرغت^(١) المسألة، وإن لم يستكمل، كما لو ترك بنات أو أخوات فيورث أولاً^(٢) بالنسب، ثم يقول: وما بقى لمواليه، فإن كانوا أحياء أخذوه وكملت القسمة، وإن كانوا اثنتين وأنت إحداهما: أخذت الحية نصيبها، والباقي لموالى أبى الميت، فتأخذه الحية والميتة ونصيب الميتة لموالى أمها^(٣)، فالقسمة أبداً على أربعة رتب: النسب، ثم الموالى، وما بقى لموالى أمه.

فرع: فى الجواهر: إذا أعتق ابن وابنة أباهما، ومات الابن أولاً عن بنت، ثم البنت عن ابن، ثم هلك الأب عن مال وموال - فلبنت الابن^(٤) النصف بالرحم، ولابن البنت ثلاثة أرباع النصف الباقي، والثلث الباقي فى موالى أم أخيها، لابن البنت ما لأمه من الولاء، ولها نصف والنصف لأخيها يجر لها الأب نصفاً ولأخيها فورث ابنها نصف نصيبه أيضاً.

فإن اشترى ابتنان أباهما، ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاها هو ابن الأب فعتق عليهما^(٥)، ثم ماتت مشترية الأخ فمالها لأبيها^(٦)، ثم مات الأب فماله بين الابن والبنت أثلاثاً بالنسب لا بالولاء، فإن مات الأخ فلاخته^(٧) النصف بالنسب، والباقي لمواليه، وهم: هى وأبوه الميت بينهما^(٨) نصفان، صار لها ثلاثة أرباع المال، وللأب الربع فهو لمواليه وهم: ابتناه هذه والميتة قبله بينهما نصفان، صار لهذه سبعة أثمان المال، وللميتة قبل الأب نصف ثمن يكون لموالى أمها^(٩)، وتصح المسألة من ستة عشر، فقد ورثت هذه الأخت مرة بالنسب، وثلاث مرات بالولاء، مرة بصريح عتق أبيها، ومرة بصريح عتق أخيها، ومرة جر إليها أبوها من ولأى أختها.

(١) فى ط: فرغت.

(٢) فى ط: أولى.

(٣) فى ط: أبيها.

(٤) فى ط: البنت.

(٥) فى ط: عليها.

(٦) فى ط: لابنها.

(٧) فى ط: فلاخيه.

(٨) فى ط: بينها.

(٩) فى ط: ابنها.

وإن اشترت إحداهما وأبوها أمّا لها، فأعتق الأب نصيبه^(١) منها، ثم اشترت الأم مع التي اشترتها أمّا لها^(٢) وهو ابن الأب والأم، فماتت التي لم تشتّر غير الأب، فورثها أبوها [وأمها]^(٣): لأمها السدس، ولأبيها^(٤) ما بقي، ثم مات الأب، فماله لابنه وابنته للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسب، ولا شيء للزوجة؛ لأن نكاحها انفسخ بملكه بعضها، ثم ماتت فميراثها بين ابنها^(٥) وابنتها: للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسب، ثم مات الأخ فلاخه النصف بالنسب، وما بقي لمواليه، ومواليه: أخته هذه وأمّه؛ فيصير للأخت ثلاثة أرباع المال، وللأم ربعه وهي ميتة، فهو موروث عنها لمواليها، ومواليها: ابنتها هذه وزوجها، فهو بينهما نصفان، صار لهذه سبعة أثمان المال، وللأب الثمن فهو موروث عنه يكون لمواليه، ومواليه: ابنته هذه والميتة قبله، فهو بينهما نصفان، صار لهذه سبعة أثمان المال ونصف ثمنه، وفي يد الميتة نصف ثمن، فهو موروث عنها لموالى أبيها وهم: هي نفسها وأختها، فيصير للحية سبعة أثمان المال، وثلاثة أرباع الثمن، وربع الثمن - وهو واحد من اثنين وثلاثين سهمًا^(٦) للميتة، فهو يورث عنها لموالى أمها، وهم: أختها هذه وأبوها، بينهما نصفان، فتصير من أربعة وستين: فللبنت الباقية ثلاثة وستون، وللأب سهم فتجره؛ إذ من يده خرج، وإليه رجع؛ فيصير جميع المال للبنت الباقية، فقد ورثت [مرة]^(٧) بالنسب، وخمس مرات بالولاء: ثلاثًا بالصریح، واثنين: بالجر. [الأولى: بصریح]^(٨) عتق أخيها^(٩).

والثانية: بصریح عتق أبيها.

[والثالثة: بصریح عتق أمها]^(١٠).

(١) في ط: نصيبها.

(٢) في ط: لهما.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: ولابنها.

(٥) في ط: أبيها.

(٦) في ط: بينهما.

(٧) سقط في ط.

(٨) في ط: والصریح.

(٩) في ط: أختها.

(١٠) سقط في ط.

الرابعة: بما جر إليها أبوها من الولاء من أخيها.

والخامسة: ما جرت إليها أمها من أخيها.

فرع: في الجعدية: الأب يجر ولاء ولده لمن حاز ولاءه، كان ولاؤه لموالى أبيه أو أمه أو المسلمين؛ لأن الأب أولى من الأم في جر الولاء، وإنما يجر الجد ولاء ولده، [والجد حر]، أما إذا مات، ثم ولد لأبيه ولد آخر، فإن ولاءه لموالى أمه ما دام الأب عبدًا، وولاء الولد الأول لموالى الجد ما لم يعتق الأب، فينتقل لمواليه.

تمهيد:

في المقدمات: الموالى أربعة: [موال]^(١) لا يتوارثون: وهم المسلمون الذين لا يتناسبون، وموال يتوارثون وهم المسلمون المتناسبون.

ويرثون ولا يورثون وهم المعتقون، وعكسه.

والثالث ثلاثة: المعتق، ومعتق الأب، ومعتق الأم: فيرث المعتق، ولا فمعتق أبيه، ولا فمعتق جده وإن علا، فإن لم يكن في آباءه جد^(٢) معتق، ورثه بيت المال دون مولى الأم.

[و]^(٣) إن كان في الآباء عتيق فانقرض المعتق وعصبته، فبيت المال دون موالى الأم.

فإن كان منقطع النسب ولد رقًا، أو منتفياً باللعان، أو أبأؤه كفار وعبيد - فولأؤه لموالى الأم إن كانت معتقة، فإن كانت حرة لم تعتق، فموالى الجد أبى الأم، فإن كانت منقطعة النسب ابنة رق، أو منفية باللعان، أو أبوها عبدًا، أو كافرًا - كان الولاء لموالى الجدة أم الأم على هذا الترتيب.

وجميع هذا الولاء يورث به ولا يورث؛ لأنه يكون لأقرباء^(٤) المعتق يوم مات المولى الموروث، ولا لمن ورث المولى المعتق، وإذا عدم المولى الذى أعتقه، وهو معتق أسفل الولاء لمولاه، ثم لمن يجب له ذلك بسببه: كولده بعده، وأخيه وعمه وجميع العصبية، ثم بعدهم لمولى مولاه، ثم لمن هو يرثه بنسبه على ما تقدم،

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: جر.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: الأقرب.

فإن تعذر ذلك، فمولى أبيه، ثم لمن يجب له [ذلك]^(١) بسببه على ما تقدم، فإن تعذر ذلك، فمولى أمه، ولمن يجب له ذلك بسببه، فإن تعذر ذلك فمولى أبيها ومن يجب له ذلك بسببه^(٢)، فإن تعذر ذلك فمولى أم مولاه، فإن تعذر فبيت المال، وكل ولد يولد للحر من حرة، فولأؤه لمولى أبيه، وإلا فلجماعة المسلمين إن كان حراً، ولا يرجع ولأؤه لمولى أمه أبداً إلا أن تعتق وهى حامل؛ فيكون ولأؤها لمعتقها ولمن يجب ذلك بسببه؛ لأن الرق قد مسه فى بطن أمه إن كانت، أو دبرت، أو اعتقت إلى أجل فولاء ما فى بطنها لسيد أمها، ولدته فى الكتابة أو بعد أدائها، أو ولدته المدبرة فى حياة السيد أم لا، والمعتقة إلى أجل قبل الأجل أو بعده.

فرع: فى المتقى: قال مالك: ابن العبد من الحرة إذا اشترى أباه فعتق عليه، فولأؤه له، ويجره لموالى أمه، وقاله جميع الأصحاب، إلا ابن دينار قال: هو للمسلمين؛ لأن الابن لا يجز.

تمهيد:

وافقنا الأئمة إذا تزوج عبدك بمعتقة غيرك، فأتت بولد: أن الولد تبع لأمه فى الرق والحرية، فإن اعتقت العبد انجر ولأه الولد من موالى الأم لموالى العبد؛ لما فى الموطأ وغيره: أن الزبير مر بموال لرافع بن خديج فأعجبوه لظرفهم^(٣) وجمالهم، فقال: لمن هؤلاء؟ فقالوا: هؤلاء موال لرافع بن خديج أمهم لرافع بن خديج وأبوهم عبد لفلان - رجل من الحرة^(٤) - فاشتري الزبير أباهم فأعتقه، ثم قال: أنتم موالى، فاختمتم الزبير ورافع إلى عثمان - رضى الله عنهم - ففضى عثمان بالولاء للزبير.

ولأن الولاء فرع النسب، والنسب معتبر بالأب، وإنما يثبت لموالى الأم؛ لعدم الولاء من جهة الأب^(٥)، كولد الملاعنة يتسبب للأم لعدم الأب، فإذا اعترف الأب

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: من سببه.

(٣) فى ط: لطريهم.

(٤) فى ط: الحرة.

(٥) فى ط: الولاء.

عاد الولاء إليه .

وفى المتقى: اتفق الصحابة والتابعون وتابعوهم: أن ولد العبد من المعتقة، ولاؤهم لمولى^(١) أهم، ما كان أبوهم عبدًا، فإذا عتق جر الولاء لمواليه، وإن كانت عربية فولأؤهم للمسلمين حتى يعتق أبوهم .

قال مالك: يجره الأب بغير حكم؛ لوجود السبب كإقرار أب بابن^(٢) الملاعة، فيقدم الأب على الأم في جر الولاء، إلا أن يمس الولد الرق فيعتقه سيد الأم، فيقدم؛ لكونه مباشرًا للعتق، والمباشر مقدم، والمنعم على الولد مقدم على المنعم على أبيه .

وإذا أعتق مسلم نصرانيًا فمات نصرانيًا، لم يرثه المسلم، وورثه (ش).
لنا^(٣): أن الولاء أضعف من النسب لتقديم النسب؛ واختلاف الدين يمنع في النسب فأولى في الولاء .

قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف: إذا جر الأب أو الجد ولاء الولد عن^(٤) موالى الأم، ثم عدم هو وعصبته لم يعد الولاء^(٥) إلى موالى الأم، وقاله الأئمة؛ لأن الولاء إذا استحق على وفق الأصل لم يتقضى كولد الملاعة^(٦) لا يرجع إليها الولاء بعد اعتراف الأب .

قال: فإن تزوج حر لا ولاء عليه بمعتقة، فولدها حر، لا ولاء عليه، وقاله (ح).
و [قال]^(٧) (ش): إن كان أعجميًا^(٨) ثبت الولاء على ولده، وبناء على أصله في جواز استرقاق العجم من عبدة الأوثان دون العرب .

لنا: أن الاستدامة في الأصول أقوى من الابتداء، ثم ابتداء الحرية في الأب يسقط استدامة الولاء لموالى الأم، فلأن يمنع استدامة الحرية في الأب ابتداء الولاء لموالى

(١) في ط: لموالى .

(٢) في ط: ابن .

(٣) في ط: لما .

(٤) في ط: عند .

(٥) في ط: الولى .

(٦) في ط: المعتقة .

(٧) سقط في ط .

(٨) في ط: جميعًا .

الأم أولى.

وقياساً على العربى بجامع حرية الأصل.

وإذا عدم الموالى وعصبتهم^(١) ورث موالى الأب.

وقال (ش): ثبت المال.

لنا: أن موالى الأب ثبت لهم الولاء على الأب فينجر إلى^(٢) ولده كالجد.

وولاء الموارث لا يورث، خلافاً لـ (ش) و (ح).

لنا: قوله ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَغْتَقَ»^(٣) وهذا لم يعتق.

وقياساً على ما إذا أسلم على يده.

وخالف ابن حنبل إذا أسلم على يده.

لنا: الحديث المتقدم.

* * *

(١) فى ط: وعاتهم.

(٢) فى ط: فنجر على.

(٣) تقدم.

كتاب التدبير

وفى التنبيهات: مأخوذ من إدبار الحياة، ودبر كل شيء ما وراءه، بسكون الباء وضمها، والجارحة بالضم لا غير، وأنكر بعضهم الضم فى غيرها.
قال غيره: سمى العبد مدبراً؛ لأنه يعتق فى دبر حياة السيد.
وقيل: لأن السيد دبر أمر ديناه بملكه له فى حياته، وأمر آخرته بعقده بموته.
وهو فى الشرع: تعليق عتق الرقيق بالموت.
وأصله: الكتاب، والسنة، والإجماع:
فالكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]، ونحوه.
والسنة: قوله ﷺ: «الْمُدْبِرُ مِنَ الثَّلَاثِ»^(١)، وانعقد الإجماع على أنه قرينة.
والنظر فى: أركانه^(٢)، وأحكامه، فهذان نظران.
النظر الأول: فى أركانه.
وهى: اللفظ^(٣).

الركن الأول: اللفظ، وهو ينقسم إلى الصريح والكناية:
ففى الجواهر: صريحه: دبرتك، وأنت مدبر، وأنت حر عن دبر منى، وأنت حر بعد موتى تدبيراً، وأنت عتيق عن دبر، ونحوه مما يفيد تعليق عتقه بموته على الإطلاق، لا على وجه الوصية، بخلاف تقييده بوجه مخصوص: كقوله: إن مت من مرضى هذا، أو سفرى هذا، فهذا وصية لا تدبير.
وكنايته: أنت حر بعد موتى، ويوم أموت - فهو وصية، إلا أن يريد التدبير ونحوه.

وفى الكتاب: إن قال فى صحته: أنت حر يوم أموت، أو بعد موتى، يسأل، فإن أراد الوصية صدق، أو التدبير صدق، ومنع البيع.
قال ابن القاسم: هى وصية حتى يبين أنه أراد التدبير.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٤)، والدارقطنى (١٣٨/٤)، والبيهقى (٣١٤/١٠)، والخطيب فى تاريخ بغداد (٤٤٤/١١) عن ابن عمر.

وقال ابن ماجه: ليس له أصل. وقال أبو زرعة: باطل (العلل لابن أبى حاتم (٤٣٢/٢))

(٢) فى ط: الكاتب.

(٣) زاد فى ط: والأهل.

وقال أشهب: إن قال هذا في غير إحداث الوصية لسفر؛ امتثالاً للسنة في الأمر بالوصية - فهو تدبير إن قال ذلك في صحته.

[و] ^(١) في التنبيهات: متى نص على لفظ التدبير، أو «هو حر عن دبر منى» - فهو تدبير، إلا أن يقيد بما يردده ^(٢) عن حكمه: كقوله: «ما لم أغير ذلك»، أو «أرجع عنه»، أو «أنسخه بغيره»، أو «أحدث فيه حدثاً» فهو وصية.

ومتى كان العتق بلفظ الوصية ولم يذكر التدبير - فليس له حكم التدبير، وإذا لم يقل ذلك فله نيته، وابن القاسم يراه وصية إذا لم يقيد حتى يريد التدبير، وعكسه أشهب.

وقال ابن القاسم: إن قيد التدبير بقوله: إن مت في سفرى، أو من مرضى، أو في هذا البلد، فهو مدبر - هذا وصية له الرجوع فيها ^(٣) إلا أن ينوى التدبير. وعنه: هو تدبير لازم.

قال ابن يونس: ظاهر قول ابن القاسم: التسوية بين: «أنت حر بعد موتى»، «وبين «أنت حر يوم موتى» ^(٤) كأن اليوم لم يزد، ويحمل على الوصية حتى ينوى غيرها، ولو قصد اليوم لكان معتقاً إلى أجل على أصلهم في البطلان، كالقائل: «أنت حر قبل موتى بشهر»، وقد سوى مالك بين: «أنت طالق يوم أموت» و «قبل موتى بشهر»، فجعل الطلاق فيهما.

ويحتمل الفرق بين الطلاق والعتاق، [بأن الطلاق] يلزمه إذا أوقعه إلى أجل ويعجل، ولا يلزم إذا أوقعه بعد الموت، فلما أتى بلفظ يحتمل أن يقع منه الطلاق وألا يقع [أوقعناه] ^(٥)؛ لأن أصلنا: التحريم بالأقل، والعتق يحتمل أن يقع قبل الموت وبعده، ومنه ما يرجع فيه، فإذا احتمل رجوع فيه لقولك، ولذلك ألزمه أشهب التدبير، كما ألزمه في الطلاق ^(٦)؛ لأنه أشهد عليه.

وقال أشهب في: «أنت طالق يوم أموت»، و «قبل موتى بشهر»: لا شيء عليه؛

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: يردده.

(٣) في ط: فيه.

(٤) سقط في ط.

(٥) سقط في ط.

(٦) في ط: للطلاق.

لأنه أمر لا يكشفه إلا الموت .

وكذلك قال فى العتق : لا يعتق إلا من الثلث .

وقال ابن القاسم فى العتق : إذا قال : أنت حر قبل موتى بشهر ، والسيد ملى ، أسلم إليه يخدمه ، فإذا مات نظر : فإن حل الأجل والسيد صحيح ، فهو من رأس المال ، ورجع بكراء^(١) خدمته بعد الأجل فى رأس ماله . أو مريض ، فهو من ثلثه ، ويلحقه الدين ، ولا رجوع بخدمة .

وإن كان السيد غير ملى خورج العبد ، ووقف له خدمة شهر ، فإذا زاد على الشهر يوم ، أطلق للسيد مثله من الموقوف ، [و]^(٢) هكذا حتى يموت ، فإن وافق صحته فمن رأس ماله .

وفى النكت : لم يُجب فى الكتاب فى : «أنت حر يوم أموت» ، بشيء ، وإنما ذكر : «أنت حر بعد موتى» ولم يرد أنها مثلها .

وسوى ابن زيد فى مختصره بينهما .

والقائل : أنت حر قبل موتى بشهر ، أو بسنة ، وحل الأجل وهو مريض فهو من ثلثه ، فإن كان على ملى خورج ، ووقف خراجها ، فإذا مضت السنة وشهر بعدها ، أعطى السيد خراج شهر من أول السنة الماضية بقدر ما ينوب كل شهر من الخراج ، فكلما مضى شهر من هذه السنة أعطى خراج شهر من تلك ، وهكذا يعمل فيما قرب من الأجل أو بعد .

وعلى هذا يتخرج قول القائل لأمته : إذا حملت فأنت حرة ، إن وطئها مرة فى طهر يوقف خراجها ، فإن صح الحمل عتقت وهو مردود عليها ، وإن كان السيد ملياً مكن من خراجها ، ثم إن وجب عتقها رجعت عليه كالقائل : أنت حرة قبل موتى بشهر ، ولا ينفق عليها من خراجها ، بل على السيد ؛ لأنها أمته ، وإن حملت فهو ينفق على ولده كالحامل البائن .

فرع : فى الكتاب : «أنت حر بعد موتى وموت فلان» ، عتق من الثلث ، كأنه قال : «إن مات فلان فأنت حر بعد موتى» ، و «إن مت أنا فأنت حر بعد موته»^(٣) .

(١) فى ط : لكراء .

(٢) سقط فى ط .

(٣) فى ط : موتى .

وإن قال: «إن كلمت فلانًا فأنت حر بعد موتى»، فكلمه، لزمه عتقه بعد موته من ثلثه؛ لأنه يشبه التدبير.

وإن قال: «أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر»، فهو من الثلث، ويلحقه الدين. قال ابن يونس: يريد في: «أنت حر بعد موتى وموت فلان»: لا رجوع له فيه لذكر الأجنبي، وهي كمسألة الرقي؛ كعبد بينكما اجتماعهما على أن مات منكما أولاً، فنصيبه يخدم الباقي حياته، فإذا مات فهو حر، ولم يجزها مالك، إلا أنه ألزمهما العتق إلى موت أحدهما، ومن مات أولاً خدّم نصيبه ورثته دون صاحبه، فكذاك يلزمه ههنا، ولا رجوع له، وقيل: له؛ كما لو أعتقه بعد موته بشهر. والفرق بينه وبين الرقي: أنها خرجت على معنى المعاوضة فبطلت لفسادها، ولزم العتق الذي التزمه.

قال: ويرد عليه: أنها إذا بطلت وجب ألا توجب حكماً، بل إنما لزمهما العتق؛ لدخول الأجنبي، فهو عتق إلى أجل.

ويريد في قوله: «أنت حر بعد موتى بشهر»: أنها وصية، له الرجوع فيها. وعن ابن القاسم: «إن قال في مرضه: إن مت من مرضى فعبدي حر مدبر»، هو تدبير لازم لا رجوع له فيه. وقال أصبغ: هذا إن أراد التدبير، وإن أراد: أنه مدبر على الوارث، فله الرجوع، ويصدق في دعواه.

قال ابن القاسم: إن قال مريض: «عبدي [حر]^(١)»، ثم رجع وقال: أردت بعد موتى ولم أبتل - صدق.

وقال أصبغ: إلا أن يرى أنه أراد البتل.

قال ابن القاسم: وإن قال في مرضه: هو مدبر على أبى، لزمه ولا يرجع إن كان منه على البتل دون الوصية ويخدم الأب ورثته [في]^(٢) حياة الابن، والولاء للابن، وإن كانت أمة لم يطأها الأب ولا الابن كالمعتقة إلى أجل.

وعن ابن القاسم في: «أنت مدبر على أبى»، هو مدبر على نفسه، ولا يعتق إلا

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

بموته من الثلث، لا بموت الأب إلا أن يقول: «هو مدبر عن أبي»، أو «أنت عن دبر عن أبي» فينفذ ذلك عن أبيه.

قال محمد: ذلك سواء، وهو معتق إلى أجل حياة أبيه، والولاء لأبيه، وإن كان أبوه ميتًا عتق مكانه، والولاء لابنه.

وعن ابن القاسم سواء، قال كذا. ولعلها: وإن قال: مدبر عن أبي كان الأب حيًا أو ميتًا، لا يعتق إلا بعد موت الابن، لا بعد موت الأب، إلا أن يقول: «أنت حر عن دبر من أبي»، فإن كان الأب ميتًا عتق الساعة؛ لحصول المعلق عليه، أو حيًا فإذا مات أبوه، فولأؤه للأب.

وإن قال مريض: «جاريتي مدبرة على ولدي إن مت»، ثم صح، فلا شيء عليه، ولا تكون مدبرة عن ولده، ولا خلاف إن قال: «أنت حر عن دبر أبي»، أنه يعتق بموت الأب.

واختلف إن قال: «مدبر على أبي» فقال: كالأول، وهو الأصوب. وقيل: عن نفسه.

قال اللخمي في: «أنت حر بعد موتى وموت فلان»، فمات السيد آخرهما^(١) ولم يحمله الثلث، عتق ما حمله، أو مات السيد أولاً خير الورثة بين الإجازة، وتكون لهم الخدمة حتى يموت فلان، أو عتق^(٢) ما حمله الثلث ويرق الباقي.

وإن قال: «أنت حر بعد موتى، وإن مات فلان فأنت حر»، توجه له العتق بأحد الوجهين: من رأس المال إن مات فلان، كان السيد صحيحًا أو مريضًا، أو مات السيد قبل عتق من الثلث أو ما حمله، ورق الباقي من الثلث.

و «أنت حر بعد موت فلان، فإن مت أنا فأنت حر»، عتق بالشرطين، فإن مات فلان قبل، عتق من رأس المال، أو السيد قبل ولم يحمله الثلث، عجل ما حمله الثلث، ويعتق الباقي إذا مات فلان.

واختلف فيما يجعل في الثلث، فقليل: الرقبة؛ لأنه ظاهر اللفظ.

وقيل: الخدمة؛ لأنه باللفظ الأول عتق منه إلى أجل لا يملك منه سوى الخدمة.

(١) في ط: أحدهما.

(٢) في ط: أعتق.

و «أنت حر بعد موتى إلا أن يموت فلان، إلا أن أموت أنا، فأنت حر»، ففيل:
هو كقوله: «إن مت أنا فأنت حر».

وقيل: إن مات السيد أولا، ولم يحمله الثلث فهو رقيق.
قال: والأول أبين، وليس قصده بقوله: «إلا أن أموت أنا»: الرجوع عن الأول.
و «أنت حر لآخرنا موتًا»، هو كقولك: «بعد موتى وموت فلان».
وإن قال: «لأولنا موتًا»، عتق بأحد الوصفين، فإن مات فلان عتق من رأس
المال، أو السيد فمن الثلث، ورق ما عجز عنه الثلث.

وإن كان عبد بينكما فقلتما: «هو حر لأولنا موتًا» في عقد واحد بغير كتاب، أو
في كتاب واحد، فمات أحدهما، فنصيب الحر من رأس المال، ونصيب الميت من
الثلث، فإن عجز نصيبه عن ثلثه لم يقوم الذى عجز على^(١) الحى.

وإن قلتما: «لآخرنا موتًا»، فنصيب الميت أولا^(٢) من ثلثه، فإن حمله خدم ورثته
حياة الحى، وإن لم يحمله الثلث خير الوارث بين الإجازة، ويكون له خدمة ذلك
النصيب حياة الحى، أو يعتق ما حمله الثلث معجلا، ولا يقوم ما بقى منه على
الآخر، فإن مات الآخر فنصيبه فى ثلثه، ويعجل عتقه إن حمله الثلث، أو ما حمله.
وإن جعلتما ذلك فى عقدين، فقلت: «هو حر لأولنا موتًا»، ثم قال الآخر
مثلك، فمات القائل [الأول]^(٣)، عتق نصيب الحى من رأس المال، ونصيب الميت
من الثلث، وما عجز منه لم يقوم على الثانى؛ لأنه لم يبتدى عتقا، فإن كان على
الأول دين فوق نصيبه قوم على الثانى، ويصير كمن لم يعتق سواء. فإن مات القائل
أولا أخيرا، عتق نصيب الحى من رأس المال، والميت من الثلث، وما عجز عن
الثلث قوم على الحى؛ لأنه المبتدى بالعتق.

وإن قال: «هو حر لآخرنا موتًا» فى عقدين، ثم قال: ثم مات القائل أولا،
وحمل الثلث نصيبه، خدم ورثته حياة الحى منهما، فإذا مات عتق، وإن لم يحمله
الثلث لم يستم على الحى.

(١) فى ط: عن.

(٢) فى ط: أولى.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: يعجز.

وإن مات أولاً القائل آخرًا، ولم يحمله الثلث، ولم يجز^(١) ورثته، عجل ما حمل الثلث وكمل الباقي على الحي؛ لأنه مبتدئ العتق.

فإن قلت: «هو حر لأولنا موتًا»، وقال الآخر: «لآخرنا موتًا» - عتق نصيب الحي من رأس ماله، والميت من ثلثه، فإن حمله خدم ورثته حتى يموت الآخر، وإن لم يحمله ولم يجز ورثته، عجل عتق ما حمله.

هذا إذا كان الأول فقيرًا، وإلا كمل عليه كالعتق بتلا، ثم يعتق الآخر إلى موت فلان، فإنه يخير الثاني بين تبئيل العتق والتقويم على الأول.

فرع: في الكتاب: «أنت حر بعد موت فلان» أو «بعد موته شهر»، عتق من رأس المال إلى الأجل، ولا يلحقه دين؛ لأنه أعتق في الصحة، وإن مات السيد قبل فلان، خدم الورثة إلى موت فلان، أو إلى بعد موته بشهر، وعتق من رأس المال، فإن قال ذلك في مرضه، عتق من ثلثه إلى أجله، وخدم الورثة إلى الأجل، وإن لم يحمله^(٢) الثلث خير الوارث في إنقاذ الوصية، أو عتق محمل الثلث ناجزًا.

وإن قال: «إن خدمتني سنة فأنت حر»، فمات السيد قبلها: خدم العبد ورثته، فإذا تمت السنة عتق، فإن وضع السيد عنه الخدمة عجل عتقه.

وإن قال: «أخدم فلانا سنة وأنت حر»، فمات فلان قبل السنة، خدم الوارث بقية السنة وعتق.

وأما: أخدم ولدي وأخي وابن فلان سنة وأنت حر، فيموت المخدم قبل السنة: فإن أراد الحضانة والكفالة، عجل عتق العبد بموت المخدم، أو الخدمة: خدم العبد ورثة المخدم بقية السنة وعتق.

وإن قال: «أنت حر على أن تخدمني سنة»، وأراد العتق بعد الخدمة، فلا يعتق حتى يخدم، أو ينوي تعجيل العتق، وشرط عليه الخدمة، عتق، ولا خدمة عليه. وإن قال: «أنت حر بعد سنة»، أو «إذا خدمتني سنة»، قال: «هذه السنة بعينها» أو لم يقل - فهو سواء وتحسب السنة من يوم قوله، فإن أبق فيها العبد أو مرض فصح بعد زوالها، عتق ولا شيء عليه؛ لأن من أكرى داره، أو دابته، أو غلامه سنة،

(١) في ط: يحمل.

(٢) سقط في ط.

فقال: أكريتها سنة، إنما يحسب من يوم قوله، [وإن لم يقل]^(١): هذه السنة. قال ابن يونس: قال محمد: إذا قال: «أخدم فلاناً سنة وأنت حر»، فمات العبد قبل السنة، وترك مالا فهو لسيدته أو لورثته؛ لأنه رقيق. [قال]^(٢) ابن القاسم: إن قال: «أخدمنى سنة وأنت حر، فإن أبقت فيها فلا حرية لك، أو عليك قضاء ما أبقت فيه» - فله شرطه.

قال غيره: إن دبره وشرط عليه: إن أبقي فلا حرية له، نفعه شرطه؛ لأن العتق إلى أجل أقوى من المدبر، فإذا نفع الشرط فيه فالمدبر أولى، وليس كالمكاتب يشترط عليه: «إن أبقت فلا حرية لك»؛ لأن المقصود منه أداء^(٣) المال، فلا يقدح فيه الإباق إذا أدى، فإن عجز فسواء أبقي^(٤) أم لا يعجز بعد التلوم، والمدبر والمعتق إلى أجل، المقصود منهما الخدمة، والإباق يخل فيهما، وقد سوى بينهما، قال: وهو غلط.

وقيل فى المعتق إلى أجل يابق فى الأجل ويأتى بعده وقد اكتسب مالا فى إباقه: إن للسيد أخذه.

قال: والأول أحب إلينا.

وإن قال: «أخدم فلاناً حياتى، فإذا مت فأنت حر» قال ابن القاسم: هو حر من الثلث؛ لأنه عتق بعد الموت.

وقال أشهب: من رأس المال؛ لأنه خرج من ماله فى صحته، وانقطع ملكه عنه، وكل من خرج فى الصحة، لا يرجع إليه ولا لورثته بعده بوجه، فهو من رأس المال، وإن كان لا يعتق إلا بموت صاحبه فهو من ثلثه.

وأصل ابن القاسم: أن كل عتق يكون بموت السيد فلا يكون إلا من الثلث، وإن كان لا يرجع إلى سيده ولا إلى ورثته أبداً.

وإن كان عتقه بموت غير السيد من مخدم أو غيره، فلم يختلف فيه قول مالك وأصحابه: أنه من رأس المال.

فإن قال: «أخدم فلاناً حياته، فإذا مت أنا فأنت حر»، فاتفق أنه من الثلث، أو قد

(١) سقط فى ط.

(٢) فى ط: إذا.

(٣) فى ط: فسوى أبقي.

يرجع للسيد إن مات المخدم قبله .

وإن قال: «أخدم عبد الله حياة زيد، فإذا مات سعيد فأنت حر» فهو من رأس المال، فإن مات زيد قبل سعيد: رجع العبد إلى سيده أو إلى ورثته إن مات سعيد، وإن لم يمت زيد أخدمه عبد الله وورثته حتى يموت سعيد فيعتق .

وإن قال: «أخدم فلانًا حياته وأنت حر، فإن مات أنا فأنت حر»، فهو - عند أشهب - من رأس المال؛ لأنه لا يرجع للسيد ولا لورثته .

وعند ابن القاسم: ينبغى إن مات الأجنبي قبل سيده: فمن رأس المال، أو السيد قبل الأجنبي، فمن ثلثه، فإن عجز الثلث عن شيء منه فرق، كان ما رق منه يخدم الأجنبي حياته، ثم يعتق .

قال محمد: وإنما تجعل^(١) في ثلث سيده خدمته حياة المخدم على الرجاء والخوف؛ لأنه لم يبق فيه رق غير الخدمة .

وإن قال: «أخدم فلانًا وأنت حر إلا أن أموت أنا، فأنت حر»، فمات الأجنبي أولاً، ولم يستحدث السيد دينًا يوم قال ذلك، عتق - عند أشهب - من رأس المال، أو لحقه دين، فالدين أولى به، وإن مات^(٢) السيد أولاً عتق في ثلثه فإن عجز رق باقيه لورثته؛ لأنه استثنى عليه رقًا بقوله: «إلا أن أموت» .

و «أنت حر إذا غابت الشمس إلا أن أدخل^(٣) الدار فأجد^(٤) فيها فلانًا»، فالرق يلحقه إذا دخلها قبل المغيب، وأسقط أجل مغيب الشمس، وقد أبقي الرق موضعها باستثنائه هذا، أو متى كان فيه أبدًا فوضع^(٥) الرق لحقه الدين، وإن مات سيده عتق من الثلث .

وكذلك: «أنت حر إلى عشر سنين إلا أن أموت قبلها»، فإن حلت السنين ولا دين عليه، عتق من رأس المال، أو مات السيد قبل ذلك، عتق في ثلثه أو ما حملة، ورق الباقي، وسقط عتق الأجل .

(١) في ط: تعجل .

(٢) في ط: ما .

(٣) في ط: دخل .

(٤) في ط: فأجل .

(٥) في ط: موضع .

قاعدة: الصريح من اللفظ: ما وضع للمعنى لغة: كالطلاق فى إزالة العصمة، أو عرفاً: كالحرام فى إزالة العصمة.

والكتاية: هو اللفظ الدال على المعنى بطريق الاحتمال والمجاز، لا بالصريح، فالمجاز: كالذهاب فى الطلاق والعتق.

والمتردد - مع أنه حقيقة - كقوله: أنت حر بعد موتى، فهو صادق على الوصية والتدبير حقيقة، ولا يتعلق إلا بالنية على الخلاف المتقدم.

الركن الثانى: الأهلية.

وفى الجواهر: لا يصح التدبير من المجنون، وغير المميز، وينفذ من المميز، ولا ينفذ من السفیه، لأنه تبرع.

وجوزه (ش)؛ لأنه باق على ملكه؛ على أصله فى جواز بيعه، وبعد الموت هو مستغن عن المال، وتصرفه فى التبرع بعد الموت جائز كالوصية.

ووافقنا (ش) و (ح) فى الصبى؛ لأنه ليس من أهل العقود، والسفيه من أهلها، وينفذ من ذات^(١) الزوج وإن لم يكن لها سوى ما دبرت.

قال ابن القاسم: لأنه لا يخرج من يدها شيء بخلاف العتق، ومنعه سحنون إلا بإذن زوجها.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: لا يلزم المولى عليه تدبير إلا بعد رشده كعتقه.

قال ابن القاسم: إذا دبر العبد أمته بإذن سيده، لا يمسه السيد ولا العبد، وهى معتقة إلى أجل من رأس المال، ولا يلحقها دين، ولاؤها للسيد وإن عتق العبد، فإن وطئها العبد فحملت، أوقفت هى وولدها حتى يموت العبد فتعتق فإن وطئها السيد فحملت، لحق بها الولد؛ لأن له الانتزاع، ولا يقربها، وتعتق إما بموت العبد أو السيد، أيهما مات أولاً عتقت؛ لوجود أحد السبيين.

قال: لو قيل: تعجل عتقها حين حملت لصح؛ إذ لا خدمة فيها ولا وطء كولد أخته من الرضاعة؛ قاله عيسى.

قال ابن القاسم: ولا يطاء الرجل مدبرة لمدبرته، ولا لأم ولده، ولا لمعتقة إلى أجل وهى كالمعتقة إلى أجل؛ لأنها تعتق بموت من دبرها، وليس لأحد من هؤلاء

(١) فى ط: ذات.

تدبير إلا بإذن السيد.

قال ابن القاسم: إن دبر المكاتب فعلم السيد ولم ينكره حتى عجز، فلا تدبير له، إلا أن يكون أمره سيده بذلك، وليس سكوته بشيء.

قال أصبغ: وإن دبر بإذنه لم يطأها حتى يؤدي جميع الكتابة، إذ قد يعجز فترجع الأمة إلى السيد معتقة إلى أجل.

فرع: في الجواهر: يصح تدبير الكافر الأصلي لعبده بعد إسلامه، ثم يعتق عليه عند ابن القاسم؛ لأنه جمع بين عزة الإسلام وأحكام الملك.
النظر الثاني: في أحكام التدبير:

وفي الكتاب: التدبير لازم إنشاء وتعليقًا، فإن قال: «إن اشتريته فهو مدبر»، فاشتري بعضه، فذلك البعض مدبر، ولشريكه مقاواته؛ لما دخل عليه من العيوب.
قال سحنون: أو يقدم عليه أو يتماسك؛ لأنه يقول: لا أخرج عبدي من يدي إلا بعق ناجز.

قال ابن يونس: إنما أمر ﷺ بالتقويم فيمن تكمل حرته، ويشهد ويوارث، وليس التدبير كذلك، ولم يرد الشريك إلا خروج العبد من يد الشريك وتملكه دونه، ويقضى به دينه، ويستمتع بها إن كانت أمة.

قال اللخمي: إذا دبر أحد الشريكين نصيبه: قال مالك: يخير شريكه بين تدبير نصيبه المقوم على شريكه أو يدبر جميعه كالعتق.

وعنه: يخير بين ما تقدم، أو التمسك به رقيقًا، أو يقومه فيدبر على الشريك، ولم يذكر المقاواة في الوجهين، ورأى أن الولاء قد ثبت، وهي تؤدي لنقض التدبير، وأثبتها مرة، وخيره بين تدبير نصيبه، أو يقومه، أو يقاوى شريكه، ولا يتمسك به رقيقًا.

وعنه: التخيير بين الأربعة، والمقاواة ميل إلى بيع المدبر.

فرع: في الكتاب: إذا مات وترك مدبرين دبرهم واحدًا بعد واحد في صحته أو مرضه، أو في مرضه ثم صح فدبر، فهو سواء، يقدم الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، ويرق الباقي؛ لأن تقدم السبب يعين الاستحقاق، أو في كلمة واحدة في صحة أو

مرض، عتق جميعهم إن حملهم الثلث، وإلا ففي^(١) عتقهم بالقيمة، فيعتق من كل واحد حصّة، وإن لم يدع غيرهم: عتق ثلث كل واحد؛ لتساويهم في السبب، ولا يسهم بينهم، بخلاف المبتلين في المرض، ويبدأ المدبر في الصحة على المبتل في المرض؛ لأن الحاجر يضعفه، ويعتق المدبر في الثلث أو ما حمل منه، وقال الأئمة؛ لقوله ﷺ: «الْمُدْبِرُ مِنَ الثُّلُثِ»^(٢) وإن لم يدع غيره عتق ثلثه، وإن كان على السيد دين لا يغترقه بيع منه للدين^(٣) ويعتق ثلث بقيته، وإن اغترقه رق؛ لأن الدين مقدم على العتق إذا تقدم عليه وهو في الحياة، وعتق المدبر بعد الوفاة، فإن بيع فيه، فطراً للميت مال نقض البيع وعتق في ثلثه، وما هلك من التركة قبل تقويم المدبر لم يحسبه، وكأنه لم يكن، ولو لم يبق إلا المدبر لم يعتق إلا ثلثه، وإلا كان المدبر من الثلث؛ لاتهام السيد أن يستخدم عبده حياته، ويعتق من رأس ماله فيمنع الميراث الذي قدر الله تعالى.

وفي المتنقي: قال ابن القاسم: إذا كتب وصية فبدأ بعبد، ثم قال: «ليشتغل»، ثم عاد فكتب الآخر، هذا فصل ويقدم الأول.
قال المخزومي: إذا دبر، ثم أغمى عليه، ثم أفاق فدبر آخر: يتحاصن، ورأهما سواء، وإن قاله^(٤) في مرضه؛ لأنه جعل الجميع في ثلثه، بخلاف الإقرار بالبتل.
قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إذا كان عليه دين بيع فيه المدبر الآخر فالآخر إن دبرهم مرتين.

قال محمد: المدبر في الصحة يقدم على كل وصية: من عتق واجب، أو زكاة أو بتل^(٥) في المرض، وصدّاق المريض، ويدخل فيما علم به الميت، وما لم يعلم، وفيما يبطل من إقرار بدين لو ارث.

قال ابن القاسم: كذلك المدبر في المرض يدخل فيما لم يعلم به بخلاف المبتل في المرض، وزكاة يوصى بها.

قال ابن القاسم: إذا اجتمع ما يدخل في الطارئ وما لا يدخل: قدم المدبر في

(١) تقدم.

(٢) في ط: الدين.

(٣) في ط: قال.

(٤) في ط: بت.

الثالث الحاضر، فإن لم يف كمل من الطارئ.

وقال عبد الملك: يعتق في المالكين بالحصص.

قال بعض فقهاءنا: إذا بطل ودبر في المرض في قول^(١) واحد، تحاصروا عند ضيق الثالث، فما ناب المدبرين عتقوا فيه بالحصص، أو المبتلين فبالقرعة.

قال اللخمي: إذا بطلهم في كلمة أو نسقاً بيعوا في الدين بالحصص وعتقوا بعد قضائه بالحصص.

وعن ابن نافع: إذا قال: «رقيقى مدبرون»، ولا مال له غيرهم:

يقرع بينهم كالمبتلين في المرض، فمن خرج عتق ورق الآخر، وهو الصواب؛ لأنه كله عتق بعد الموت وإذا ضاق وللسيد دين على حاضر بيع بالنقد أو على غائب قريب الغيبة وهو حال، استؤنى^(٢) بالعتق حتى يقبض الدين، أو بعيد الغيبة أو حاضر يقدم، بيع المدبر للغرماء الآن، فإن قبض الدين والعبد بيد الورثة عتق في ثلث ذلك بعد قضاء الدين، فإن خرج عن أيديهم بيع.

قال ابن القاسم: لا يعتق.

وقال أصبغ منه.

قال: وهو ظاهر المدونة.

والأول أقيس؛ لأن البيع لا ينقضه الغرماء في الحي، وإذا طرأ ما لم يعلم به نقض البيع إن كان في الثالث، أو قريب الغيبة، ويختلف في بعيد الغيبة في موضع لو علم به لبيع، ولم ينظر ذلك المال كما تقدم لو علم به، وإن بيع المدبر ماله عند ابن القاسم: لأنه بيع له، وقال يحيى بغير مال، قال: وهو الصواب إن لم يرج للسيد مال، وإلا فعلى القول بأنه لا ينقض البيع متى طرأ ذلك المال بيع بغير مال، وعلى النقض يباع بماله، وقاله سحنون فيمن دبر أمة فولدت أولاداً، [فالقول]^(٣) ثم مات السيد وعليه دين يحيط برقبة الأمة ولا مال له يباع للغرماء، ولا ينتظر الأولاد، فإن أتوا بعد ذلك نظر الدين، فإن كان يحيط بأثلاثهم وثلث الأم، بيع من كل واحد ثلثه، ويعتق ثلث ما بقي من الأم والولد، ويخير مشتريها بين الرد والتمسك، فإن لم

(١) في ط: فور.

(٢) في ط: استوى.

(٣) كذا في ط.

يحمل الثلث ويبيده مال إن انتزع، وكثرته حمله.
 قال ابن القاسم: لا يتنزع^(١)، ويعتق منه ما حمل على أن ذلك بيده.
 وقال ابن وهب: يتنزع ويعتق.
 قال مالك: فإن دبره في صحته واستثنى ماله، جاز.
 وقال ابن القاسم: ليستبد به بعد الموت، ويقوم بغير مال، ويحسب ما في يده من مال سيده.

فإن مات عن مدبرة في يدها أموال مختلفة، فيختلف في النحل، والهبات - كما تقدم - والغلات، والخراج، والجنايات للورثة، حملها الثلث أم لا، ويكثر بها مال المعتق إن لم يحملها الثلث فتعتق منه^(٢)، قولاً واحداً.
 وأما مهرها: فقال ابن القاسم: تقوم به، وقيل للورثة^(٣)؛ لأنه ثمن نقص منافعها وبعض رقبته، والأول يرى حق الزوج فيه، أو لأنه في معنى الهبة، لأن كلا الزوجين يستمتع بصاحبه.

وما أغلت^(٤) في حياة السيد أو بعد موته، أو جنى عليها في حياة السيد أو بعد موته، سواء ذلك للورثة، وإنما يعتبر ما يحمل المدبر من مال سيده يوم ينظر فيه، لا يوم الموت، وإن كان لا يحمله ولم ينظر فيه حتى زاد بالخراج، أضيف الخراج إليه، كما يتضرر بالنقص يتفع بالزيادة، فإن تغيرت قيمة المدبر بزيادة حوالة سوق، أو نقص بغيب، فلا يعتق إلا ما حمله الثلث في الزيادة، ويعتق جميعه في النقص.
 وإن ولدت المدبرة بعد موت السيد وقبل أن ينظر في الثلث، قال مالك: تقوم بولدها، ويعتق منهما ما يحمله الثلث، وإن كان الولد معها يوم الموت فمات والأم قبل النظر في ذلك يحمل الثلث الباقي منهما، عتق جميعه، فإن حاز الورثة بعد موت السيد المال لأنفسهم على وجه التصرف فيه، والثلث يحمل العبد، ثم هلك المال، فمصيبته منهم ويعتق جميع العبد، بخلاف إيقاف المال.

قال محمد: وإن ترك أموالاً مأمونة، عتق بموت السيد قبل النظر والتقويم، فإن

(١) في ط: تنتزع.

(٢) في ط: فيعتق فيه.

(٣) في ط: الورثة.

(٤) في ط: أغلب.

هلكت بعد ذلك الأموال لم يرد العتق.

وفى المنتقى: إذا كان للسيد مال حاضر، ومال غائب، ولم يف الحاضر بالمدير، قال مالك: يوقف المدير بماله، وبما يخرج من خراجه؛ لأن حرите متعلقة بالمالين، فإن كان له دين مؤجل لعشر سنين ونحوها:

قال ابن القاسم: يباع الدين بما يجوز بيعه بخلاف المال الغائب؛ لتعذر ذلك فيه، وإن كان الغريم معدماً، أو بعيداً^(١) غيبته سقط واعتبر غيره.

وفى الجواهر: والدين على غائب قريب ينتظر، فإذا حضر بعد ذلك البعيد الغيبة، أو أيسر المعدم، والعبد بيد الورثة، عتق في ثلث ذلك بعد قضاء الدين، فإن خرج من أيديهم بيع.

قال ابن القاسم فى العتية: ما قضى من الدين دون.

قال الشيخ أبو محمد: المعروف عن مالك وأصحابه فى كل ديوان: أنه يعتق منه حيث كان؛ لأن عقد التدبير اقتضاه.

قال اللخمي: وهو ظاهر الكتاب، والأول أقيس.

فرع: فى الكتاب: المدير كالرقيق فى خدمته وحده؛ لأنه لا يعتق إلا بعد الموت.

فرع: قال ابن يونس: إذا وجد الدين محيطاً بالسيد فيبع، ثم طرأ للسيد مال؛ وقد أعتقه المشتري، عتق عن الميت^(٢) إن حملة الثلث بعد رد ثمنه، وإن لم يحمل إلا بعضه عتق ما حمل منه، وخير المبتاع إن لم يكن أعتقه بين الرد والتمسك بحصته من الثمن [و]^(٣) إن أعتقه مضى عتق باقيه عليه، ورد عليه من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت، ومن قيمة العيب الذى دخله من العتق بقدر ما فوت بالعتق، فإن [كانت]^(٤) قيمته غير عتيق ستون، ومعتقاً ثلاثة وثلاثون، فبين القيمتين ثلاثون، فيقبض على ما عتق منه عن المبتاع عشرون، ويرجع بها المبتاع فى مال الميت؛ لأنه أخذ ثمنه؛ قاله أصبغ.

(١) فى ط: بعد.

(٢) فى ط: الميتة.

(٣) سقط فى ط.

(٤) سقط فى ط.

قال ابن يونس: هو مشكل؛ لأنه عبد دخله استحقاق نفسه، وفات رد جميعه بعثت المشتري، فالصواب: أن يقال: كم قيمة جميعه يوم البيع؟ فتكون ستين، وقيمته على أنه معتق: ثلاثة وثلاثون، فقد نقصه عتق ثلثه نصف قيمته، فيرجع المبتاع بنصف ما دفع، كان أقل من قيمته أو أكثر. فإن باعه سيده في صحته فأعتقه المبتاع بعد موته، والثلث يحمله أو نصفه، لنقص ذلك على ما تقدم، بخلاف عتق المبتاع في حياة البائع، يمضى عتقه؛ لأنه لم يكن أصابه من عتق البائع شيء بعد.

فإن بيعت المدبرة بعد الموت لدين فأولدها المشتري، ثم طراً مال: قال أبو عمران: ترد لعتق السيد إن حملها الثلث بالمال الطارئ بعدما عتق؛ لأن إجازة البيع نقل الولاء، وولدها يجرى على الخلاف في ولد المستحقة، فإن حملة ثلث الطارئ بعدها، عتق منها ما حمل الثلث بالتدبير^(١) وعتق باقيها على مستولدها؛ لتعذر الوطاء، ويجرى في الولد في النصيب المعتق من أمه - الخلاف. وعن سحنون فيمن ترك زوجها وأخاها ومدبرها، وقيمتها خمسون لم تدع غيرها، ولها على الزوج مائة وخمسون وهو عديم - يعتق ثلثها، وللأخ ثلثها يؤخذ منه ذلك للمدبرة وللأخ، فيعتق بذلك نصفها، يصير للأخ، فإن باعه الأخ، ثم أيسر الزوج رد حتى يعتق جميعها، أو بقدر ما أفاد. فإن أفاد عند ذلك حتى يحمل، وإن لم يبين للأخ حين باعها: أن على الزوج دينها إن أفاد يوماً مآلاً، أعتقت منه، ولا يكون ذلك عيباً ترد به؛ لأن الفائدة غير محققة الطريان كالاستحقاق، فإن أفاد الزوج مآلاً يعتق منه^(٢) بعضها، فليس للمشتري الرد إن كان الذي أعتق يسيراً، وإلا رد.

قال سحنون: مثل أن يبقى من الصفقة يسير كالاستحقاق.

فرع: في الكتاب: ولد المدبرة والمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلتها، والمحاصة بين الإماء والأبناء في الثلث، ويعتق محمل الثلث جميعهم بغير قرعة.

وإن دبر حاملاً فولدها بمنزلتها، وولد أم الولد من غير السيد، والمعققة،

(١) في ط: فالتدبير.

(٢) في ط: فيه.

والمعتق إلى أجل يلد من أمته، أو المخدمة إلى ستين، بمنزلتهم، وولد الموصى بعقتها^(١)، والموصى بعته من أمته قبل موت سيده - رقيق، وما ولد لهم بعد موته بمنزلتهم، يعتق من جميعهم محمل الثلث، وإذا لم يدع غير المدبر يعتق ثلثه فولد له من أمته، ثم مات وترك مالا أم لا، عتق من ولده مثل ما عتق منه.

قال ابن يونس: روى ابن وهب عن علي، وعثمان، وزيد، وجابر بن عبد الله، وابن عمر، وغيرهم - رضى الله عنهم-: أن ولد المدبرة بمنزلتها يرق برقها ويعتق بعقتها.

ولأن شأن الولد التبعية في الدين والنسب.

ومراده في الكتاب: سواء حمل المدبرة قبل التدبير أو بعده.

أما ولد المدبر من أمته تحمل به بعد التدبير فهو بمنزلته بخلاف قبله، ويرق لسيده، وما وضعت لسته أشهر فأكثر من يوم التدبير فهو بمنزلته، أو لأقل فهو رقيق، وما ولدت المدبرة قبل التدبير فهو رقيق.

قال أصبغ: فإن استحدث السيد دينًا محيطًا، فلا يباع الولد وهو صغير، ويوقف إلى حد التفارقة، أو يموت السيد فيباع مع أمه، وكذلك لو كان الصغير هو المدبر دونها، ويعنى -أيضًا- أن الموصى بعته إن حملت أمته بعد موت سيده، فولدها بمنزلتها، أو قبل موته رق، والموصى بعتها سواء حملت بعد الوصية في حياة السيد، فولدته بعد موته، أو كانت حاملاً يوم الوصية، فولدها بمثلها.

والفرق بين ولد المدبرة وولد المدبر من أمته: أن أمته ليس فيها عقد تدبير، وإنما عقد في سيدها، فما في ظهر المدبر من ولد قبل التدبير، فخرج النطفة من المدبر كولد المدبرة، وولادة المدبرة كحمل أمة المدبر، وأما^(٢) الفرق بين الموصى بعقتها^(٣)، وبين ولد المدبرة^(٤): أن الموصى بعتها له الرجوع فيها، وإنما ينعقد أثرها بالموت، والمدبرة والمعتقة إلى أجل، انعقد عتقهما من حين اللفظ لا يستطيع السيد نقضه.

(١) في ط: يعتقها.

(٢) في ط: وهو.

(٣) في ط: بعته.

(٤) في ط: المدبر.

فرع: فى الكتاب: عقل المدبرة، وعملها، وغلتها لسيدها، وأما مهرها ومالها وما كسبت منه قبل التدبير أو بعده، فموقوف بيدها، ولسيدها انتزاعه، وانتزاع أم ولد مدبره ما لم يمرض مرضاً مخوفاً، وينزع مال المعتق إلى أجل ما لم يقرب الأجل، فإن لم ينزع مال المدبرة حتى مات قومت فى الثلث بمالها؛ لأنه تبع لها، فإن حمل الثلث بعضها أقر المال بيدها كالمعتق بعضه بتلاً.

قال ابن يونس: قال مالك: قيمة المدبرة مائة، والتركة مائة، يعتق نصفها، ويقر مالها بيدها؛ لأن قيمتها بمالها مائتان، وثلث السيد مائة، وهو نصف المائتين التى هى قيمتها بمالها، فقد حمل الثلث نصفها.

فإن كانت القيمة مائة، ومالها مائتان، ولم يترك السيد شيئاً عتق ثلثها، وأقر مالها بيدها.

وعن يحيى بن سعيد: يجمع مالها بمال الميت، فإن خرجت من الثلث، أقر لها مالها، وإن حمل الثلث الرقبة وبعض المال، عتقت^(١)، ولها من مالها ما حمل الثلث مع رقبتها، فإن لم يدع غيرها، وما لها، وقيمتها مائة، ومالها ثمانمائة، عتقت المدبرة ولها من مالها مائتاً ديناراً، وهكذا يحسب.

قال: وكذلك الموصى بعتقه وله مال.

ومالك وأصحابه على الأول، ولم ير مالك أن سنة من أجل المعتق إلى أجل أنها قرب الأجل، وليس للغرماء إجبار المفلس على انتزاع أم ولده أو مدبره، بل له إن شاء؛ لأنه تجديد مال كما لا يجبرونه على الكسب، ولا ينزع فى المرض؛ لأنه ينزع لغيره.

فرع: فى الكتاب: إذا دبر أحد الشريكين أمةً، تقاويها فإن صارت لمن دبرها كانت مدبرة، أو للآخر رقت كلها، إلا أن يشاء غير المدبر تسليمها للمدبر، ويتبعه بنصف قيمتها فله، فإن كانوا ثلاثة، فأعتق الثانى، وتمسك^(٢) الثالث، والمعتق ملئ - قومت عليه، وعتقت كلها؛ لأنه ابتداء عتقاً، أو معسر فللمتمسك^(٣) مقاواة المدبر

(١) فى ط: وعتق.

(٢) فى ط: وتماسك.

(٣) فى ط: فالتمسك.

إلا أن يكون العتق^(١) قبل التدبير، والمعتق عديم، فلا يلزم المدبر مقاواة؛ لأنه نزا^(٢) عتق بعد عتق مقدما لم يكن عليه تقويم وإن كان مليا، ويجوز تدبير أحدكما بإذن شريكه، فإن رضى سقط حقه، وللمتمسك^(٣) بيع حصته إذا بين أن نصفه مدبر، ولا مقال للمبتاع مع المدبر؛ لأنه تنزل منزلة البائع.

وإن دبراها معا أو واحدا بعد واحد فإن أحدهما^(٤) عتقت حصته في ثلثه، ولا تقوم عليه حصة شريكه، فإن لم يحمل الثلث حصته فما حمل، ويرق الباقي للوارث، وليس له مقاواة الشريك؛ لأنه بمنزلته^(٥)، فإن مات الثاني عمل في حصته كالأول.

فإن دبر أحدكما، ثم أعتق الآخر، أو أعتق حصته من مدبر بينكما قوم على المعتق حصة الآخر قيمة عبد؛ لأن التدبير انفسخ كما تقدم.

والمدبر، وأم الولد، والمعتق إلى أجل في جراحهم وأنفسهم قيمة عبد. قال ابن يونس: كانت المقاواة عند مالك ضعيفة، وإنما هي شيء جرت في كتبه. وقال مرة بغيرها.

وقال: يقوم عليه؛ لأن فيها إبطال الولاء.

وعن عبد الملك: لا بد من المقاواة لحق العبد، أعتق الشريك بإذنك أم لا، وقاله مالك.

وقال: إن كان المدبر عديما تقاواه، فإن وقع عليه، بيع من نصيب صاحبه، يريد: فما عجز عنه بيع له، ولا يباع من نصيبه الذي دبر شيء.

وقال ابن القاسم: لا مقاواة فيه.

وقال سحنون: تدبيره باطل إن لم يرض شريكه؛ لأنه لا يجد ما يغرم بالمقاواة، بخلاف المبتل؛ لأن مصلحة العتق تحققه فاغفر عادة^(٦).

وعن ابن القاسم: إن أراد المتمسك مقاواة المعدم على أن يتبعه إن وقع عليه،

(١) في ط: المعتق.

(٢) في ط: بزا.

(٣) في ط: للمتمسك.

(٤) في ط: أحدكما.

(٥) في ط: بمنزلتك.

(٦) في ط: إعادة.

فله ذلك، وإن قاواه ولا يعلم بعده ثم علم بعد أن وقع عليه فله فسخ المقاواة، قال أصبح: لا يفسخ، ويبيع منه كله بقدر ما عليه؛ لأنها كالبيع، ولا يفسخ بعدم الثمن، وما بقى فهو مدبر، كمن دبر وعليه دين، وهو القياس.

والاستحسان: لا يبيع له إلا قدر ما يبيع.

ففى تدبير أحدكما ثلاثة أقوال: التقويم، والمقاواة، والتخير بين التمسك والتقويم والمقاواة.

ومعنى المقاواة: تقويمه قيمة عدل، ويقال للذى لم يدبر يزيد عليها ويسلم هكذا حتى يصير إلى أحدكما، وعن سحنون: إن شاء التمسك إلزام^(١) المدبر بالقيمة يقوم عليه صار مدبرا كله، فالتقويم دون ائتلاف حكم ثان.

وقال عبد الملك: لا يكون النصف المقوم إلا بحكم جديد، وقاس الأول على المعتق؛ لأنه بالتقويم حر، ولا فرق، ولورثة غير المدبر مقاواة المدبر كموروثهم، إلا أن يعلم بالتدبير بعد سنين، وما يُرى أنه ترك المقاواة، بخلاف العتق، وهذا على القول بتخير الشريك، وعلى تعيين^(٢) المقاواة للوارث وإن طال؛ لأنه حق للعبد. وإذا أعتق أحدكما، ثم دبر الآخر عتق نصيبه؛ لأنه ليس له إلا أن يعتق ناجزا أو^(٣) يقوم، فلما ترك التقويم لزمه التنجيز^(٤)، فإن قال: دبرت أولا، وقلت: بل أعتقت أولا، فأنت مدعى عليك، وتصدق مع يمينك؛ لأنك مدعى عليه استحقاق التقويم، فإن نكلت حلف ووجب لك القيمة، فإن نكل فلا شيء له، ويعتق عليه نصيبه. فإن كنتما فى بلدين ولا علم عند أحدكما يدعيه، ولا بينة - فلا شيء عليك، ويعتق عليه حصته؛ لنكوله عن اليمين، وهذا على غير مذهب مالك.

وأما عند مالك وابن القاسم: فإن على المعتق القيمة؛ لأنه إن كان أولا فالتدبير بعده باطل، ويقوم عليه، أو ثانيًا^(٥) قوم عليه، فعند الجهل يلزم التقويم. قال اللخمي على أحد قولى ابن القاسم: إن التقويم حق لله دون الشريك لا يجبر

(١) فى ط: إلزامه.

(٢) فى ط: تعيين.

(٣) فى ط: و.

(٤) فى ط: التخير.

(٥) فى ط: ثانية.

على التقويم، وإن دبر بإذنه وتخلف صفة التقويم، فإن كان بغير إذنه قوم على أنه لا تدبير فيه، أو بإذنه قوم على أن نصفه مدبر لدخوله على العيب، فإن لم يقوم وتمسك أو دبر، والتدبير الأول بغير إذن الشريك: اتبعه الآخر بعيب التدبير، وبإذنه لم يتبعه بشيء.

وإذا دبرت ثم أعتق الآخر: تقوم حصة المدبر على المعتقد؛ قاله في المدونة. وعنه: لا تقوم ولا يبطل التدبير.

وعلى الأول يسقط عيب التدبير لسقوطه، ويقوم على المعتقد على أنه غير مدبر ولا معتق، وعلى عدم التقويم يرجع المعتقد على المدبر بعيب التدبير. فإن أعتق أحدكم موسراً^(١)، ثم دبر الثاني، قوم على المعتقد نصيب شريكه^(٢)، أو المعتقد معسر، مضى العتق^(٣) في نصيب المعتقد والتدبير، ورق نصيب الثالث على قول ابن القاسم.

وعلى قول ابن نافع: يقوم الثالث نصيبه على المدبر إن شاء، وإن تقدم التدبير، ثم المعتقد، والمعتقد معسر، فثلاثة أقوال:

قول المدونة: يقوم المدبر والمتمسك على المعتقد.

وعلى قول الآخر: لا يقوم المدبر؛ لثلاثا ينتقل الولاء، ويقوم المتمسك على المدبر؛ لأنه مبتد للفساد، ولا يقوم على المعتقد.

وعلى قول ابن نافع: يقوم على المعتقد؛ لأنه المحقق للعيب بالعتق فإن كان معسراً قوم الثالث على المدبر، أو يقاويه، وهو قول ابن القاسم، وفي كراهة مالك لتدبير أحدكما قولان؛ لأنه يؤدي للعتق من غير استكمال إذا مات أحدكما، ولم يحمل ثلثه نصيبه، فإن دبر^(٤) مضى.

فرع: في المنتقى: من دبر بعض عبده، كمل عليه تدبيره كالعتق، وقاله (ح) و (ش).

فرع: في الكتاب: يجوز رهن المدبر، والمرتهن بعد موت السيد أحق من

(١) في ط: معسراً.

(٢) في ط: شريكه.

(٣) في ط: قضى المعتقد.

(٤) في ط: نزل.

الغرماء، وإن لم يدع غيره بيع المرتهن، لأنه حازه، ولو لم يقبضه بيع لجميع الغرماء.

قال اللخمي: منع أشهب رهنه إن كان في أصل البيع، أما بعده، أو في قرض في العقد أو بعده، جاز؛ لأن الغرر يجوز فيه؛ لأن المشتري لا يدري متى يقبض دينه عند حلول الأجل لدينه، أو بعد موت السيد.

فرع: في الكتاب: لا يباع المدبر في حياة السيد في فلس ولا غيره إلا في دين قبل التدبير، ويباع بعد الموت إذا اغترقه الدين تقدم التدبير أو تأخر، ولا بصدقة لامرأة في مهرها؛ لأنها بيع، وإذا بيع فسخ بيعه، فإن تعيب عند المبتاع فعليه ما نقصه، ووافقنا (ح).

وجوز (ش) وابن حنبل بيعه.

لنا: أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَبَاعُ الْمُدَبِّرُ وَلَا يُشْتَرَى»^(١) وَهُوَ حَرْ مِنْ الثَّلَاثِ، ونهى عن بيع المدبر.

ولأنه يستحق العتق بعد الموت؛ فيمتنع البيع كأم الولد.

ولأنه أكد من المكاتب؛ لعتقه بموت مولاه فيمتنع بيعه كالمكاتب.

ولأنه يعتق بالموت اتفاقاً، فإذا أن يكون عتقاً معلقاً بشرط: كدخول^(٢) الدار، أو عتقاً مستحقاً قبل الموت، والأول باطل؛ لأن المعلق يبطل بالموت؛ فتعين أنه مستحق قبل الموت كالاستيلاء.

قيل لا يسلم أنه فرع النسب.

احتجوا: بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وبقوله تعالى: ﴿لَا أَنْ تَكُونُ بِحِكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وفي مسلم: أن رسول الله ﷺ باع مدبراً^(٣)، وهو معنى مشترك بين المدبرين. ويروى: أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر رسول

(١) تقدم تخريجه، وهو من حديث ابن عمر. أخرجه بهذا اللفظ الدارقطني (١٣٨/٤) (٥٠). وقال: وهو ضعيف. وإنما هو عن ابن عمر موقوف، ثم ساق الرواية الموقوفة وقال: هو

الصحيح، وما قبله لا يثبت مرفوعاً، ورواته ضعفاء.

(٢) في ط: فلدخول.

(٣) يأتي تخريجه.

الله ﷺ فيبيع بتسعمائة أو بثمانمائة^(١).

وفى بعض الأخبار: أنه ﷺ قال: «هُوَ أَحَقُّ بِثَمَنِهِ»، وفى بعضها: «مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنْهُ؟» فاشترى رجل منه بثمانمائة درهم، فدفعه إليه. ولأنه عتق معلق بالموت، فيجوز بيعه كالموصى بعتقه. ولأن عائشة -رضى الله عنها- دبرت جارية لها، فسحرتها، فباعتها، ولا مخالف لها من الصحابة؛ فكان إجماعاً.

والجواب عن الأول والثاني: أنهما مخصصان بما روينا.

وعن الثالث: أنه واقعة^(٢) عين، فما تعين موضع الخلاف، فإما يخير بين مدبرين إن دبر وعليه دين، أو يلحقه دين بعد الموت، ولعله منها، أو باع خدمته مدة، ولو لم يتعلق به حق لم يتعرض الإمام لبيعه؛ فدل على أنه باعه فى دين، وقد روى أنه ﷺ باعه فى دين، وهو ظاهر بيعه له دون صاحبه.

ولأن خبرنا يفيد الحظر، وخبركم يفيد الإباحة، والحظر مقدم عليها، وحمل خبركم على مذهبنا، وحمل خبرنا على مذهبكم متعذر.

وعن الرابع: الفرق: بأن الموصى بعتقه يستأنف فيه العتق، والمدبر تقرر عتقه فى الحياة.

وعن الخامس: أنه مذهب لها، أو لأنها سحرتها لتموت، فسألها فقالت: أردت أن أتعجل العتق، فقد استحققت القتل، والنزاع فى البيع مع العصمة. تفريع: فى الكتاب: لا بأس أن يأخذ مالاً على أن يعتق مدبره، وولاؤه له، ولا أحب بيعه ممن يعتقه.

ومن باع مدبره فمات بيد المبتاع، ضمنه، وأمسك البائع من الثمن قدر القيمة التى^(٣) لو كان يحل بيعه [بها مدبراً]^(٤) على رجاء العتق له، وخوف الرق عليه كمستملك الزرع يغرمه على الرجاء والخوف، والفاضل بيد البائع يشتري به^(٥)

(١) أخرجه البخارى (٢١٤١)، وأخرجه فى (٢٢٣٠ و ٢٢٣١ و ٢٤٠٣)، ومسلم (٩٩٧/٥٨) عن جابر بن عبد الله.

(٢) فى ط: حر.

(٣) فى ط: أن.

(٤) سقط فى ط.

(٥) فى ط: بها.

مدبراً، وإلا أعان به فى رقة.

وإن أعتقه المبتاع نفذ^(١) العتق وولاؤه للمبتاع، وجميع الثمن للبائع.
وإن وطئ المبتاع المدبرة فحملت فهي أم ولد له، وبطل التدبير؛ لأن الاستيلاء أقوى؛ لأنه يعتق من رأس المال، ولا يرجع على البائع بما بين قيمتها مدبرة وغير مدبرة.

قال ابن يونس: إذا أعتق المبتاع نفذ العتق فى أحد قولى مالك.
قال ابن القاسم: لا يرجع المبتاع بشيء إذا أعتقه، علم بالتدبير حين الشراء أم لا؛ لانفساخ التدبير.

قال مالك: وليس على البائع فى الثمن شيء، فإن عمى خبره، فلا يدرى أمت أو عتق، قال ابن القاسم: يجعل الثمن كله فى مدبر.
قال: والقياس إذا استقصى أمره وأيس منه: جعل ميّناً كالمفقود، وإن لم يعلم ببيعه حتى مات سيده وقد أحاط الدين بماله لم يرد؛ لعدم الفائدة، أو^(٢) لا دين عليه، رد، فإن لم يدع غير ثمنه أعتق ثلثه، وللمبتاع رد الثلثين؛ للضرر بالعتق، إلا أن يكون علم حين البيع بالتدبير.

قال أبو عمران: إذا غاب اشترى عليه، وجعل ثمنه فى عبد مدبره فوجد الأول، انتقض البيع، ويغرم الثمن لمشتريه، ويمضى التدبير فى العبد كالهدي الواجب يفضل فيبدله ويشعر الثانى، فيجد الأول فينحرهما جميعاً.
والفرق بين موته، فيجعل فضل ثمنه كله: أن الميت علم أنه لا يدركه عتق، وفضل ثمنه كعضو بقى منه، والغائب لم ينفسخ تدبيره فهو مدبر تام، كالهدي يفضل.

والفرق بين موته وموت المكاتب بعد البيع، أنه يسوغ له جميع^(٣) الثمن: أن المكاتب له تعجيز^(٤) نفسه إذا لم يكن له مال ظاهر، فرضاه ببيعه، رضا بالفسخ، ولا يجوز للمدبر فسخ تدبيره.

(١) فى ط: بعد.

(٢) فى ط: و.

(٣) فى ط: جمع.

(٤) فى ط: تعجيل.

قال ابن القاسم: إن باعه الورثة بعد موت السيد بعرض^(١) فتغير العرض^(٢) في سوقه، أو أخذ قيمة ذلك العرض في فوته؛ لحصول العتق بالموت أو لا مال لسيد مأمون، ومات المدبر لحدثان يبعه قبل النظر في مال الميت - فهو من المبتاع، وينفذ بيعه، وإن مات بعد طول الزمان وعرفانه: بأنه^(٣) يخرج من الثلث، فمصيبته من الورثة، وبأخذ المشتري قيمة عرضه؛ لأنه يبيع فاسد اتصل به التغيير فيمضي بالقيمة، فإن خرج بعضه في الثلث رجع بقدر ذلك، مصيبة^(٤) ما رق من المشتري. وإذا باعك مدبراً ولم تعلم فأعتقته عن رقبة واجبة، أجزأك عند ابن القاسم؛ لانساخ التدبير، والولاء لك، ولا ترجع بشيء^(٥).

ولا يجزئ عند أشهب، وينفذ العتق، ولا شيء لك.

وإن باعك بشرط العتق: رد ما لم يفت بالعتق فينفذ، والولاء للبائع؛ لانعقاده له أولاً، وكذلك المكاتب.

وإن بيع المكاتب ولم يشترط عتقه، فأعتقه المبتاع نفذ عتقه عند ابن القاسم وأشهب، والولاء للمشتري عند ابن القاسم، وقاله أشهب، إن بيع بعلم المكاتب ورضاه، على أنه عبد؛ لأنه رضى بالعجز، وإلا فالولاء للسيد، ورد عبد الملك بيعه، ونقض عتقه، ورده لكتابته؛ لأنه محرم.

وإن وهبك مدبره في صحته، فحزته^(٦) فمات ولا مال له غيره، عتق ثلثه، وثلثاه لك؛ قاله ابن القاسم، وكذلك إذا تصدق به على ابنه الكبير، وحازه في صحة أبيه ولو كان الابن صغيراً لعتق ثلثه، ورق ثلثاه للورثة، ولا تكون حيازة الابن^(٧) في مثل هذا حيازة؛ لأنه فعل في المدبر ما يحرم.

ولأنه لو نازع الغرماء الابن الكبير في تقدم الدين الصدقة، ألزم الغرماء البينة، وفي الصغير، تقدم الدين حتى يثبت بأجرة؛ قاله مالك، وقال ابن القاسم: يرد

(١) في ط: لغرض.

(٢) في ط: المقرض.

(٣) في ط: كان.

(٤) في ط: مصيبته.

(٥) في ط: يرجع لشيء.

(٦) في ط: فحرمته.

(٧) في ط: الأب.

الصدقة، وإن قبضت من الأجنبي أو الولد، يرد في حياة السيد، وكذلك المكاتب، والمعتق إلى أجل.

قال أصبغ: إن لم يعثر على هذا حتى مات السيد عتق في ثلثه، وما لم يحمله رق للورثة؛ لبطلان الصدقة.

وعن ابن القاسم: المتصدق والمشتري أولى^(١) بما رق منه؛ لكشف الغيب عدم العتق في البقية، فإن مات المتصدق به عليه وقد أوصى بعتقه، فلا وصية له، ويرد مدبر السيد، وكذلك لو أعتقه في صحته، بخلاف المشتري يعتق أو يوصى بعتقه، فيعتق في ثلثه ويرق الباقي للبائع؛ لأنه ضمنه بالشراء، ويبيعه مختلف فيه؛ قاله أصبغ.

قال: والقياس إذا عتق بوجه ما، يجوز عتقه؛ لحصول مقصود التدبير، فلا يرد إلى الرق لأمر موهوم.

قال محمد: إذا وهبه ثم مات وقد استحدث دينًا بعد الهبة - رق للموهوب إن أحاط به الدين، أو ما رق منه إن لم يحط به، أو الدين قبل الهبة فالدين أولى، فإن اجتمع المتقدم والمتأخر، والمتقدم درهم، والمتأخر يغترق بقيته يبيع كله للمتقدم؛ قاله أشهب.

وقال محمد: يباع بقدر المتقدم فقط، ويدخل معهم فيه الآخرون، ويرق بانيه للموهوب له؛ قاله ابن القاسم.

وإذا أشهده قبل النكاح صحيح، ويرد إلى سيده، وللزوجة قيمته عبدًا كالاستحقاق، وإن مات السيد [و]^(٢) لم يترك غيره عتق ثلثه، ورجعت بقيمة ثلثيه^(٣)، وخيرت في إمساكها الرق^(٤)، ورده، وترجع بقيمة جميعه، وإن علمت أنه مدبر فسد النكاح، وفسخ قبل البناء وثبت بعده؛ لأن الصداق غير مقصود في النكاح، ولها صداق المثل، وعتق في ثلثه، فإن كان عليه دين يرقه فأمسكته المرأة لأجل صداقها، فيجوز الخلاف في [العامل في القراض]^(٥) يشتري شراء فاسدًا

(١) في ط: ولي.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: ثلثه.

(٤) في ط: رق.

(٥) في ط: القرض.

فيفلس البائع، ويمسك الثمن.

قال للخمى: إذا ولدت المدبرة من المشتري ردت، وأخذ من المشتري الثمن، وهل عليه قيمة الولد إذا غره البائع ولم يعلم بالتدبير؟ خلاف: وغرم القيمة أحسن، وإن كاتبه المشتري، ثم مات البائع والثالث يحمله، عتق عليه، وردت الكتابة، وإن كان عليه دين يرقه مضى البيع والكتابة، وإن لم يخلف غيره، عتق ثلثه، ومضت الكتابة فى الثلثين، فإن لم يمت السيد وأدى الكتابة، عتق على أحد قولى مالك، وإن لم ينظر فيه حتى عجز. وإذا استولدت ولم يرد حتى مات البائع والثالث يحملها عتقت على البائع، وإن كان عليه دين يرقها بقيت أم ولد للمشتري، وإن لم يخلف غيرها بقيت ثلثاها أم ولد للمشتري، ويختلف فى عتق الثلث^(١)؛ لتعذر الوطاء بالشركة، وإذا أخدم المدبر عشر سنين، وحازره المخدم، ثم مات السيد، وخرج من الثلث سقطت الخدمة، أو لا مال له غيره عتق ثلثه، والمخدم أولى بما رق منه إلى تمام الأجل، ثم هو للورثة، وإن كان دين يرقه، فالمخدم أولى به إلى الأجل، ولو لم يكن الدين إلا دينار واحد لم يبيع منه شيء إلا بعد الخدمة.

فإن أجره سنة وقبض الأجرة ومات بقرب ذلك، ولم يخلف إلا المدبر - قال ابن القاسم: إن أحاطت الأجرة به لم يبيع حتى تنقضى الإجارة، فيعتق ثلثه ويرق ثلثاه، أو لا تحيط به؛ يبيع من جميعه بثلث الأجرة، ويستخدم^(٢) لمستأجره ثلثه، فإن فضل منه أكثر من ثلثى الرقبة، ويخدم ثلثاه مدة الإجارة فإذا مضت عتق تمام ما بقى بعد الدين، ورق ثلثاه، ويرجع ما يبيع منه عن ثلث الأجرة إلى المستأجر، وينفسخ منه ثلث الخدمة.

قال محمد: إن لم تحط الأجرة برقبته، فأحب إلى ألا يباع منه شيء.

قال ابن القاسم: إذا كانت الأجرة تسعة، وقيمتها ثلاثون، ولا مال له غيره، مضت^(٣) التسعة على قيمته، فينوب الثلث المعتق ثلاثة فيباع منه بها، ويعتق بقية الثلث وهو سبعة^(٤)، وللمستأجر ثلث الخدمة، وثلثها بين العبد والذى^(٥) اشترى منه

(١) فى ط: الثلثين.

(٢) فى ط: يستخدمك.

(٣) فى ط: قضت.

(٤) فى ط: تسعة.

(٥) فى ط الذى.

بثلاثه، فإذا تم أجل الإجارة رجع للورثة فيقول: أكملوا إلى ثلث المائة، فيجمع عشرين، وما صار للعبد وهو سبعة، وذلك سبعة وعشرون، فيعتق من ذلك الثلث، وهو تسعة، ومراد العبد: ديناران، فإن كان على السيد دين خمسة، أضيف إلى ثلث^(١) العتق؛ لأن ثلثي الورثة لا سبيل لأصحاب الدين عليهما^(٢)؛ لأن المستأجر أحق به، والدين الأجنبي أولى من التدبير، فيباع من العبد بشمانية، فإذا انقضت الإجازة ودفع العبد للورثة، رجع عليهم فيعتق منه تمام الثلث.

فرع: في [. . .]^(٣) تجوز كتابة المدبر، فإن أدى عتق، وإلا عتق بعد موت السيد في ثلثه، ويقوم بماله في الثلث، ويسقط عنه باقى الكتابة وإن لم يحمله الثلث، فما حمل^(٤) ويقر بماله بيده: عتق عنه ثلثه، ويوضع عنه ثلث كل نجم بقى عليه بقدر ما عتق؛ لأنه للعدل إن لم يدع غيره عتق عنه ثلثه، ووضع عنه ثلث كل نجم بقى عليه، ولا ينظر إلى ما أدى قبل ذلك؛ لأن العتق لم يصادفه، ولو لم يبق عليه إلا نجم حط عنه ثلثه، ويسعى فيما بقى عليه، فإن أدى عتق كله، وإن مات سيده وعليه دين يغترق قيمة رقبته، تبع فيه كتابته: فإن أدى فولأوه لناقدها، أو عجز، رق لمبتاعه؛ لأنه شأن بيع الكتابة، أو اغترق بعض رقبته بيع من الكتابة بقدره، وعتق قدر ثلث ما لم يبع من كتابته، وحط من كل نجم ثلث ما لم يبع من ذلك النجم، فإن وفى عتق وولأوه للميت، أو عجز فبقدر ما يبع من كتابته رق لمبتاعه، وما عتق منه لا سبيل لأحد عليه، وباقى رقبته بعد الذى^(٥) عتق منه يرق للورثة^(٦)، ولك مكاتبه عبدك مع مدبرك كتابة واحدة، فإن مت مضت الكتابة على قدر قوتها على الأداء يوم الكتابة، وعتق المدبر في الثلث، وسقطت حصته عن صاحبه، ويسعى العبد في قيمة حصته وحده، ولا يسعى المدبر معه؛ لأنه إنما دخل معه على أن يعتق بموت سيده، فلا حجة له، بخلاف عتق السيد لأحد العبدین في كتابة واحدة؛ لأنه لم يدخل على هذا، وإن لم يحمل المدبر الثلث عتق محمله، وسقط من الكتابة قدر ذلك، ويسعى

(١) في ط: ثلاثة.

(٢) في ط: عليه.

(٣) بياض في ط، ولعله في الجواهر أو في الكتاب.

(٤) في ط: حبا.

(٥) في ط: أدى.

(٦) في ط: برق الورقة.

فى باقى الكتابة هو وصاحبه ولا يعتق بقيته إلا بصاحبه، ولا صاحبه إلا به، فإن عتقا، رجع من أدى منها على صاحبه بما أدى^(١) عنه، إلا أن يكونا ذوى^(٢) رحم لا يملك أحدهما الآخر، فلا تراجع بينهما؛ لأن [أخذ العوض فرع قبول ملك المعوض]^(٣).

وقال أشهب: لا تجوز مكاتبة العبد مع المدير المحض [ولا]^(٤) على العبد معتق المدير.

فى النكت: إذا اغترق الدين رقبته تباع كتابته، يريد: لا فضل فى الكتابة. وقوله: «إذا اغترق بعض الرقبة يباع من الكتابة بقدر الدين»، يريد: وفى الكتابة فضل.

قال محمد: إن اغترق الدين قيمة رقبته يبيع من الكتابة بقدر الدين، ثم يعتق ثلث^(٥) الباقي، ويسقط من الكتابة بقدر ذلك، وإن كان الدين يحيط بالكتابة وحدها، وفى الرقبة فضل، فقليل: لا بد من تعجيزه حتى يباع من رقبته قدر الدين، ثم يعتق ثلث ما بقى.

قال ابن القاسم: يترك على كتابته يؤديها فى الدين على نجومه منه فيعتق، وإن عجز عتق منه ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين، فإن اغترق نصف الرقبة وثلث الكتابة، فإن بيع ثلاثة أرباع الكتابة فيعجز فيرق ثلاثة أرباعه، أو يباع نصف رقبته أولى - أجاب بعضهم بأنها كمسألة محمد، إذا كان الدين يحيط بالكتابة وحدها، وفى الرقبة فضل، فعلى قول ابن القاسم: لا بد من تعجيزه، ولا يباع منه شيء، ويؤدى على نجومه، فإن عجز فهو كمدير لا كتابة فيه، يباع منه بقدر الدين، ويعتق ثلث الباقي، وإنما يباع من كتابته بمقدار الدين إذا اغترق من الكتابة مثل ما اغترق من الرقبة أو أقل، أما [إذا اغترق]^(٦) من الكتابة أكثر، فعلى ما تقدم.

(١) فى ط: ودى.

(٢) فى ط: يكون ذو.

(٣) فى ط: أحد العرض فرع قبول مالك المعرض.

(٤) سقط فى ط.

(٥) فى ط: ثلثه.

(٦) سقط فى ط.

قال ابن يونس: قال محمد: إذا كوتب المعتقد إلى أجل، ثم فلس وعليه دين يحيط بأضعاف قيمته، لا تباع كتابته ويؤديها للغرماء، فإن أداها^(١) قبل الأجل عتق، أو سبق الأجل عتق، وسقط ما بقى عليه، قل الدين أو كثر، فإن أدى^(٢) وبقيّة من الكتابة باقية، فهي لسيدته أو لورثته، أو حل الأجل قبل وفاء الدين وباقى^(٣) الكتابة عتق، وسقط باقى الكتابة، وبقي على سيد البقية دينه.

قال ابن ميسر: هذا إذا كان العتق قبل الدين. ويجوز تقديم التدبير على العتق إلى أجل وتأخير، فإن مات السيد قبل الأجل قوم فى الثلث الخدمة باقية الأجل.

وقيل: إن تقدم التدبير قومت رقبته، وهو ضعيف؛ لأنه يستوعب الثلث فى عتقه، وما عجز عنه فهو من ثلثى الميت^(٤)، فهو يعتقه إلى تمام الأجل فبظلم الورثة لا يقوم فى الثلث ما لا يملكه؛ لأنه لو كان على السيد دين يحيط به لم يزل العتق إلى أجل.

وإن كان التدبير قبل، ولم يبع من رقبته له شىء فى دينه، فينقض^(٥) الدين التدبير، ولم ينقض عتق الأجل، فكان للغرماء خدمته فنسوا إلى الأجل، وليس للميت مال غير خدمته، تقدم التدبير أم تأخر، فإن كان معتقاً إلى الأجل، ثم فلس أو مات وعليه دين يحيط برقبته استدانه بعد عتق الأجل، فلا تباع كتابته، ويؤديها للغرماء على النجوم، وإن أدى الدين أدى^(٦) الباقي للورثة، وإن أداها^(٧) قبل الأجل عتق وقضى الدين، أو ما بقى منه منها، وإن لم يؤد حتى حل الأجل سقط عنه^(٨) الباقي منها، ولم يتبع بشىء من دين سيده، عتق بالأداء أو بحلول الأجل، وإن كان الدين قبل عتق الأجل فالدين أولى به.

(١) فى ط: وداها.

(٢) فى ط: ودى.

(٣) فى ط: وبقي.

(٤) فى ط: الموت.

(٥) فى ط: وينقض.

(٦) فى ط: ودى.

(٧) فى ط: وداها.

(٨) فى ط: عند.

قال ابن القاسم: إن كاتب، ثم دبر جعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة، أو قيمة الكتابة، أو دبر، ثم كاتب، فقيمة الرقبة خاصة؛ لأن السنة في المدبر إذا لم يكتب: أن في الثلث قيمة رقبته التي كان يملكها قبل التدبير، وهو عتق التزمه بعد الموت، فإذا كاتب لم يتقل عن ذلك؛ لأنه لو عجز عاد مدبراً، وإن تقدمت الكتابة، فقد صار لا يتغير ما يملكه منه؛ إذ قد يعجز فتملك رقبته، أو يؤدي فتصح له الكتابة، وإذا دبر جعل في الثلث الأقل بما كان قد صح له احتياطاً للعتق بتدبيره إياه كإيصائه بعتقه، هذا إذا كاتبه في الصحة، ثم دبره بعدها في صحة أو مرض، أما إن كاتبه في المرض، ثم دبره فيه، فيجعل في الثلث قيمة الرقبة؛ لأن الكتابة في المرض إذا لم تقبض^(١) إنما تجعل في الثلث قيمة الرقبة؛ لأنها من ناحية العتق، وفي التدبير تجعل قيمة الرقبة فاتقفاً؛ فلذلك جعلت قيمة الرقبة. قاله ابن القاسم.

وقال محمد: سواء بدأ بالتدبير أم لا، فلا يقوم إلا بأقلهما؛ لأن من أوصى بعتق مكاتبه جعل في الثلث الأقل من قيمة رقبته، أو من قيمة كتابته، ولا فرق بين الوصية بالمكاتب أو تدبيره.

قال ابن القاسم: إذا كاتبهما كتابة واحدة، ثم دبر أحدهما؛ فإن أديا عتقا، أو عجزاً، لزم السيد تدبير من كان دبر، وإن مات السيد قبل عجزهما والمدبر يحمله الثلث، وهو قوى على السعى حين مات السيد، لم يعتق إلا برضا صاحبه لحق الكتابة التي التزمها معه.

فروع: في الكتاب: مدبرة بينكما وطئها أحدهما، فحملت، قومت عليه، وتصير له أم ولد؛ لأنه أقوى لها، وقال غيره: إن كان الواطئ معسراً، خير شريكه بين اتباعه بنصف قيمته، وتصير أم ولد له، وبين التمسك بحصته؛ لأجل عسره، واتباعه بنصف قيمة الولد^(٢) يوم استهلاكه، ثم لا يقوم عليه إن أيسر، فإن مات الواطئ عديماً عتق عليه نصيبه من رأس ماله؛ لأنه من أم ولد، وبقي نصيب التمسك مدبراً.

أو مات غير الواطئ، وقد كان تمسك بنصيبه، وعليه دين، يرد التدبير، بيعت حصته؛ لأنه شأن التدبير، فإن ابتاعها الواطئ ليس حدث له، حل له وطؤها، وإن

(١) في ط: يقبض.

(٢) في ط: قيمته الوالد.

مات فنصفها رقيق، ونصفها حر من رأس ماله.

قال ابن يونس: قيل: يقوم على الواطئ الولد خاصة، وتبقى هي على حالها. وإن مات غير الواطئ عتق^(١) نصفها في ثلثه، فإن لم يترك وفاء، قومت على الواطئ، وبقيت له أم ولد.

وقوله: «يتبع بنصف قيمة الولد يوم استهلاكه»: يريد: وكذلك إذا تأخر الحكم حتى كبر الصبي، وقيل في ولد المستحقة: فيه القيمة يوم الحكم. والفرق: أن وطء الشريك عدوان، فلزمته القيمة يوم التعدى، وإنما تكون القيمة يوم يحكم باستحقاق أمه.

قال اللخمي: إن كان من ثلث المدبر ونصيبه عتق بالتدبير، وأعتق نصيب الواطئ لتحريم الوطء عليه.

وكذلك إن حمل الثلث بعض نصيبه.

وعن مالك: يقوم نصيبه من الولد وحده، ويمنع الواطئ منها، فإن مات المدبر وترك وفاء^(٢) أعتق نصفه، وإن لم يترك وفاء^(٣)، قومت على الواطئ، وبقيت أم ولد؛ لأن الولاء قد ثبت بالتدبير فلا يتقل.

وقوله: «إنما تكون أم ولد»، إنما يصح على القيمة تكون يوم حملت، وتسقط القيمة المأخوذة من الواطئ في الولد، وتعادله أو تحاسب بها، وإن التزم قيمة الولد اليوم، أو يوم ولدت لم تكن أم ولد، وإذا كان الواطئ معسرًا لا يخير المدبر على هذا القول، ولا ينتقص التدبير، ويرجع بنصف قيمة الولد، وإذا لم يقوم على الواطئ للعسر، أو لمنع نقل الولاء على أحد قولى مالك، فلا يعتق نصيب الذى أولد عند أشهب، ويتبعه ولا يكون عنده بعض أم ولد.

فروع: فى الكتاب: إذا دبر جنينها، حرم بيعها دون رهنها، كما لو أعتق ما فى بطنها.

قال ابن يونس: قال أبو عمران: إنما يرهنها فى دين قبل الحرية، وقبل التدبير، وأما ما يحدث فيباع ما فى بطنها فيه ولا يتعرض هو به للبيع.

(١) فى ط: عن.

(٢) فى ط: وفات.

(٣) فى ط: يتركه وفات.

فرع: فى الكتاب: إذا ارتد المدبر، ولحق بدار الحرب: استتيب فإن لم يتب قتل، وإن تاب لم يقسم فى المغنم، ورد لسيده إن عرف، فإن جهل أنه مدبر حتى قسم، فليسيده فداؤه بالثمن، ويرجع مدبراً، فإن مات السيد وقد تركه فى يد من صار فى سهمه يخدمه فى ثمنه، فمات السيد قبل وفاء ذلك، عتق من ثلثه، واتبع بباقي الثمن، فإن لم يسعه الثلث: فما وسع، ورق باقيه لوارثه؛ لأن سيده أسلمه.

قال غيره: إن حملة الثلث عتق ولم يتبع بشيء، أو بعضه لم يتبع بحصة البعض العتيق، بخلاف الجناية التى هى فعله.

وإن رهنه^(١) السيد، فما لم يحمل الثلث منه يرق^(٢)، ولا خيار للوارث، وفى الجناية يخير الورثة فيما رق منه، إذا سلمه ومات والثلث لا يحمله، والسيد قد أسلمه فيها.

والفرق: أن المشتري قد أخذه فى الأصل على مالك رقبته، والمجنى عليه إنما أسلمت له خدمته فهى أضعف.

فى التنبيهات: اختلفت الروايات [فوقع سيده الغيبة وسقط بعينه]^(٣) فى بعضها، وهو الصحيح، وهو أنه إذا عرف أنه مدبر أو حر.

قال ابن يونس: إن أراد سيده تركه فى يد من حسب عليه يخدمه فى ذلك، فإن وفى والمدبر حى، رجع مدبراً، أو هلك قبل وفائه خرج من ثلثه، واتبع بباقي الثمن.

قال عبد الملك: اتباعه بحصة ما عتق إنما هو فيما اشترى من يد العدو، وأما ما وقع فى الغنائم فلا، كالحر يقع فى المقاسم لا يتبع، وإن باعه العدو اتبع. قال محمد: والقول ما قال عبد الملك، وكذلك المكاتب؛ والمعنى إلى أجل، لا يتبع إلا بما يتبع فيه الحر، وجعل ابن القاسم إياقه^(٤) لدار الحرب لجناية فعلها إلا فى قوله: «إذا لم يحمله الثلث رق باقيه لمشتريه»، وإن ارتد السيد، ولحق بدار الحرب دون المدبر، ففى الكتاب: يوقف مدبره لموته، فيعتق بعد موته؛ كما يوقف

(١) فى ط: رهن.

(٢) فى ط: فرق.

(٣) هكذا فى ط.

(٤) فى ط: أبقر.

مال الأسير، وإذا وقف أنفق عليه من مال سيده، وكذلك أم ولده، بخلاف صغار ولده؛ لأن الولد لا يرثه إن قتل على رده.

قال اللخمي: إذا لم يعرف سيد المدبر الواقع في المقاسم لم يبع، وخدمته للجيش، فإن افترقوا بيع شيئاً بعد شيء.

وعن ابن القاسم: يكون رقيقاً لمشتريه، ويبطل تدبيره.

وقال محمد: للمشتري خدمته حياة السيد وإن كثرت.

ولمالك في خيار الورثة إذا أسلمه قولان، وهما يجريان في الغرماء: أن يدفعوا له باقى ثمنه، ويباع لهم.

والقول الآخر أحسن.

والمبيع في المقاسم أقوى من الجاني؛ لأن العبد القن لا يباع منه بقدر الثمن، ويؤخذ الباقي، وكذلك اتباعه بعد العتق، الصحيح ألا يتبع؛ لأنه^(١) المستحق منه بعد القسم مالك، وحرية بالمالك لا يتزع إلا بالثمن، والمدبر قادر على أن يبين أنه مدبر فلم يفعل، فهو كالحريق في المقاسم، فيغر من نفسه.

وإن اشترى من أرض الحرب مدبر وأخرج، ثم ثبت أنه مدبر، وهو كان يظن أنه عبد، وأسلمه سيده، ثم مات وحمله الثلث، لا يتبع بالباقي، بخلاف الأول؛ لأن من أخرج حراً من أرض الحرب له أن يتبعه بما اشتراه، ولو قدم حربى بمدبر وأسلم عليه، لم ينزع منه، وكان له فيه ما لسيده فيه وهو الخدمة؛ لأن الحربى يملك مال المسلم، فإن مات الذى دبره والثلث يحمله عتق، ولاؤه لمدبره، وإن لم يكن له غيره، عتق ثلثه، ورق باقيه للحربى، وإن كان على السيد دين يرقه رق كله له.

فرع: في الكتاب: إذا أسلم مدبر نصرانى أو ابتاع مسلماً فدبره، أجرناه^(٢) له، وقبض أجرته، ولم يتعجل رقه بالبيع، فقد يعتق بموت سيده، فإن أسلم النصرانى قبل موته رجع إليه عبده، وله ولاؤه، فإن لم يسلم حتى مات، عتق في ثلثه، ولاؤه للمسلمين؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، إلا أن يكون للنصرانى ولد وأخ لم ممن يجز ولاؤه إليه فيرثه، هذا إن أسلم المدبر بعد التدبير، أما إن دبره والعبد

(في ط: لأن.

(١) في ط: أجرناه.

مسلم ؛ فولاؤه للمسلمين لا يرجع إليه إن أسلم، ولا ولد له مسلم ؛ لأنه يوم عقد التدبير لم يكن له عليه ولاء، ولا ملك مستقر، بخلاف تدبيره كافرًا، وإن عتق في الثلث نصفه والورثة نصارى، يبيع عليهم نصفه من مسلم، وإن لم يكن له ورثة، رق للمسلمين .

وقال غيره: لا يجوز للنصراني شراء مسلم ؛ لأن الإسلام لا يعلى عليه، فإذا أسلم عبده، ثم دبر، عتق ؛ لأنه منعنا من بيعه^(١) بتدبيره .
وفى التنبيهات: قول بعض الرواة: إن اشترى مسلمًا، ودبره، لا يجوز الشراء ؛ لأننا لو أجزناه لبعناه عليه ؛ فلا فائدة .

وقال ابن أبي زمنين: معناه: أن البيع والتدبير يفسخان، وقيل: يعجل عتقه .
قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا أسلم عبده فأعتقه إلى أجل، عجل عتقه، أو كاتبه بيعت كتابته عليه ؛ نفياً لسلطان الكفر على المسلم .
قال ابن يونس: وإذا أجزنا^(٢) المدبر عليه، وقبض الأجرة وأتلفها، ومات قبل أن يخدم العبد من الإجارة^(٣) شيئًا، ولم يترك غيره فإن رضى العبد أن يخدم مدة الإجارة ؛ لرغبته فى عتق ثلثه، فله ذلك، ويعتق ثلثه، مارق منه، فيبيع من ثلثه قدر ثلث الإجارة، وعتق ما بقى من ثلثه، ويخدم المدة، ثم يباع ثلثاه على الورثة، ولا كلام لمن استأجره .

وإن امتنع العبد من الخدمة، ولم يرض المستأجر أن يخدم ما رق منه ؛ لاستحقاق بعض ما استأجر، يبيع من جميعه بقدر الإجارة، وعتق ثلث ما بقى .
ويبيع على الورثة ما بقى، وإن رضى المستأجر أن يخدم المستأجر ثلثه، فإذا تمت الإجارة يبيع على الورثة ما رق لهم، إلا أن يسلموا قبل ذلك، فيبقى لهم .
قال اللخمي: الإسلام إما قبل التدبير، أو بعده، أو قبل الشراء، والخلاف فى الثلاثة :

فإن أسلم بعد التدبير، قيل: يبقى مدبرًا، وقيل: يباع .
وإن أسلم قبل التدبير، لم يبيع قولًا واحدًا، وهل يؤاجر إلى موت سيده، أو

(١) فى ط: معنا من أبيه .

(٢) فى ط: أجزنا .

(٣) فى ط: الإجارة .

يعجل عتقه؟ قولان .

والمسلم قبل الشراء والتدبير فيه ثلاثة أقوال :

يمضى تدبيره .

يعجل عتقه .

يبطل الشراء نفسه .

وقال عبد الوهاب : إذا أسلم بعد التدبير ، يتخرج فيه قول : إنه يباع ويدفع^(١) ثمنه للنصراني كإسلام أم ولده ؛ لأن حريتها أقوى من المدبر .

قال ابن وهب : هذا صواب ، ويباع ؛ لأن العقد المتقدم كان بين كافرين ، والعتق فيه حق لله ، وهبة لسيد العبد ، وهبة للكافر^(٢) لا تلزم الفروع حالة كفره ، بخلاف العتق البتل ، إذا حوز نفسه ، فإن الرجوع بعد الحوز تظالم ؛ ولذلك قال مالك مرة في أم ولد النصراني : إنها تباع ، ويبيع مكاتبه^(٣) عبدًا لا كتابة فيه ، والكتابة أبين ؛ لأنه حوزة^(٤) نفسه .

فرع : في الكتاب : إن ادعى أن سيده دبره أو كاتبه لم يحلف السيد إلا أن يقوم شاهد كالعتق .

فرع : قال ابن يونس : قال مالك : يجوز وطء^(٥) المدبرة والموصى بعتقها ؛ لأنه لا يزيدها إلا خيرًا فتصير تعتق من رأس المال ، ويمتنع في المكاتب والمعتقة إلى أجل ، والمعتقة بعضها ، والمخدمة ، والمشاركة ؛ لتزلزل الملك في الجميع ، وتوقع العتق في حياة السيد ، بخلاف غيرهن لا يعتقن إلا بعد الوفاة وأم الولد ، لضعف الملك جدًا ، ويجوز وطؤها ؛ لتأخر عتقها بعد الموت ويلاحظ فيهن شبه نكاح المتعة ؛ لتوقع العتق في الحياة وإبطال الحوز في الخدمة ، ويرد عليه عتق المستأجرة .

فرع : في المتقي : ولد المدبرة بمنزلتها .

(١) في ط : يرفع .

(٢) في ط : للكافر .

(٣) في ط : ويتبع مكاتبه .

(٤) في ط : حوزة .

(٥) في ط : وطلب .

قال محمد: إن دبرها على أن ولدها رقيق، فهو بمنزلتها، ويبطل الشرط، كما لو قال: أنت حرة على أن ما تكسبينه^(١) لى.

فرع: قال: إن دبره واستثنى ماله، جوزه مالك؛ كالعتق، ومنعه ابن كنانة، وقال: يتبعه ماله، كما يمنع من انتزاع مال مدبره عند موته.

قال ابن القاسم: وإذا استثناه في التدبير، قوم بغير مال، وحسب ما بيده من مال السيد، فيقوم المدبر بدوره^(٢).

فرع: في المنتقى: إذا أجز^(٣) المدبر غيره، خير سيده، فإن أسلمه أسلم إلى خدمته؛ لتعلق التدبير بالرقبة، ويقاوصه من دينه بخراجه^(٤)، فإن أدى عنه^(٥) سيده رجع لسيدة مدبراً، وإن افتكه سيده رجع أيضاً.

وإن جنت حامل على رجل: قال ابن القاسم: يخير سيدها إذا وضعت، فإن أسلمها بغير ولدها، ولم يؤد حتى مات سيدها، خرجت هي ولدها من الثلث، اتبعت ببقية^(٦) الأرش، وإن ضاق الثلث عتق منها ومن ولدها بالحصص، ويتبع ما عتق منها بحصته من ذلك، ويخير الورثة في إسلام ما رق منها أو فدائه بما عليه. وإن مات السيد مديناً بيع منها ومن ولدها بقدر الدين، ومنها خاصة بقدر الجناية.

فإن كان مدبراً فمات سيده ولا مال له غيره، عتق ثلثه، وقسم الجرح أثلاثاً: ثلثه^(٧) على ما عتق، والباقي على ما رق، يخير الورثة فيه بين إعطاء ثلثي العقل وأمسكوا الثلثين، أو أسلموه، فإن كان على السيد دين مع الجناية: بيع من المدبر بقدر عقل الجرح وقدر الدين، ويبدأ بالعقل، ثم الدين، ثم يعتق ثلث الباقي، ويرق ثلثاه للورثة؛ لتعلق الجناية بعين العبد، والدين بذمة السيد، وإن كان في ثلث سيده ما يحمله عتق كله، وكانت الجناية ديناً عليه، وإن كان العقل دينه عتق كله إذا لم

(١) في ط: تكسبه.

(٢) في ط: دونها.

(٣) فيط: أخرج.

(٤) في ط: لخراجه.

(٥) في ط: عند.

(٦) في ط: بقية.

(٧) في ط: ثلاثة.

يكن على سيده دين؛ لأن تأثير الدين في بيع المدبر أقوى من الجناية؛ لأن الدين ليس له غير ذمة السيد، وليس له غير العبد، والجناية تتعلق بالرقبة تارة، وبالذمة تارة، وبالخدمة تارة.

فإن قتل سيده عمدًا: ففي الموازية: لا يعتق في ثلث مال: ولا دية، وبيع، ولا يتبع بشيء؛ لأنه استعجل ما أجله الله؛ فيؤخذ بنقيض قصده، ولا يتبع؛ لأن العبد إذا^(١) جنى أو أخطأ عتق في المال دون الدية؛ لأنه لا يعجل بقتل الخطأ، فمنع الدية لوجوبها عليه.

وإن جرح جنيًا^(٢) فأسلم لسيده، ثم مات وعليه دين لا مال له غيره، فقال الورثة: نسلمه للمجروح، وقال صاحب الدين: أزيد على ذلك، فهو أولى، ويحط عن السيد قدر زيادة الغريم على دية الجرح، فإن لم يرد لم يأخذ العبد، والمجنى عليه أولى به؛ لأنه محل الجناية، والدين في الذمة، إلا أن يريد الغرماء فيعطى من ذلك الأرش للمجروح وتُحط الزيادة عن السيد، ويأخذ الغريم العبد.

وإذا جرح المدبر وله مال، وامتنع سيده من فدائه، فللمجروح أخذ مال المدبر في جرحه، فإن وفى بقى المدبر لسيده، وإلا استعمل المدبر فيها^(٣). وفى الجواهر: إذا أسلم خدمته ثم عتق من ثلث سيده، قيل: لا يتبع بما بقى من أرش.

فإن جرح اثنين تحاصا في خدمته.

فإن جرح واحدًا فأسلم إليه، ثم جرح آخر، تحاصا ببقية جناية الأول، وجملة^(٤) جناية الثانى، بخلاف القن؛ لأنه يملكه المجنى عليه إذا أسلم إليه، وإذا جنى خير هذا الذى ملكه كما خير الأول، وفى المدبر يأخذ الخدمة أولًا فأولًا، ولا يكون أولى بالمستقبل.

وخرج الشيخ أبو القاسم المدبر على القن، فإن افتكه اختص بخدمته، أو أسلمه بطل حقه، فإن جنى المدبر الصغير الذى لا يعمل: روى أشهب: لا يسلم حتى يبلغ

(١) فى ط: فيما.

(٢) فى ط: حنيًا.

(٣) فى ط: فيما.

(٤) فى ط: حملة.

الخدمة؛ لعدم الفائدة، فإن مات قبل سقطت الجناية، وكذلك المدبرة التي لا عمل عندها.

قيل: قد يموت سيدها أو يصيب مالا.

وقال (ح): لا تسلم خدمة المدبر كأم الولد، وعلى السيد الأقل من أرش الجناية، أو قيمة الرقبة.

وقال (ش): يسلمه؛ لأنه عنده عتق إلى أجل، وكل عتق إلى أجل متعين الوجود أم لا، له الرجوع فيه.

وفى الجلاب: إذا أسلم خدمته للمجنى عليه فمات السيد وخرج من ثلثه، عتق وبقيت الجناية في ذمته؛ لأنه الجاني، وقيل: لا شيء عليه؛ لتوجه الجناية للخدمة أولاً دون الرقبة؛ فلا يتغير متعلقها، وإذا جنى على واحد بعد واحد، يتخرج فيه قول إن عزا المجروح الأول في افتكاكه وإسلامه، فإن افتكه اختص بخدمته، أو أسلمه بطل حقه من خدمته، وإن جنى على سيده وبطلت خدمته بالتدبير، واختدمه بالجناية، وقاصه^(١) من أجرتها بأرشها؛ قاله ابن القاسم، وقيل: لا يضمن لسيده أرش جنايته؛ لأنه لو فداه من أجنبي لم يتبعه بما فداه.

وإن جرح^(٢) السيد مدبره، لم يضمن له أرش جراحه، وإن قتله فلا ضمان عليه؛ لأنه لو ضمن شيئاً لأخذه؛ فلا فائدة فيه.

وإن قتل المدبر سيده عمداً بطل تدبيره لأنه أراد أن يعجل ما أجله الله فيؤاخذ بنقيض قصده؛ كالوارث، أو خطأ لم يطل تدبيره.

فرع: في الجواهر: التدبير يرتفع بقتل السيد عمداً، وباستغراق الدين له، وللمتركة، وبمجاوزه الثلث يرفع كمال الحرية.

تمهيد:

خالفنا (ح) إذا مات السيد عليه دين يغترقه، قال: يستسعى للغرماء، فإذا أدى، عتق^(٣)؛ على قاعدته في المعتقد بعضه.

لنا: أن التدبير في معنى الوصية، والدين مقدم عليها، وإحالة الغرماء على سعاية

(١) في ط: وقامه.

(٢) في ط: خرج.

(٣) في ط: أعتق.

قد لا تحصل^(١) مفسدة عليهم، وإلزام العبد ما لم يجز ظلم عليه.
 [و]^(٢) وافقنا (ش) في حمل المدبرة إذا وضعته، لأقل من ستة أشهر بعد التدبير:
 أنه يتبعها في العتق.
 وإذا ملك السيد المدبر أمة فوطئها فأنت بولد، فله قولان في ملكه بالتمليك:
 فعلى القول بعدم الملك: الولد ملك للسيد، وإلا فالولد ملكه، ولا يعتق عليه
 عبده؛ لأن ملكه غير تام.
 وله في تبقيته في التدبير قولان؛ بناء على أن العبد لا يتبعه ولده في الرق
 والحرية، وإنما أمه.
 وله في بيع ولد المدبرة من نكاح أو زنى قولان:
 لنا: القياس على أم الولد يتبعها ولدها من غير السيد عنده.

* * *

(١) في ط: يحصل.

(٢) سقط في ط.

كتاب الكتابة

وفى التنبهات: هى مشتقة من الأجل المضروب، والكتابة: الأجل؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [البقرة: ١٨٣] أى: التزمتم الصيام، كما التزمه الذين من قبلكم و ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمُ الرَّحْمَةُ﴾ [الأنعام: ٥٤] والعبد ألزم نفسه المال.

أو من الكتابة لأنها تقع ^(١) بمكتوب.

ويقال في المصدر: كتاب، وكتابة، وكتب، ومكاتبه.

وقال غيره: من الضم، ومنه سمي الجيش: كتيبة؛ لضم بعضه لبعض، والنجوم يضم بعضها لبعض، وكانت العرب لا تعاني الحساب، وتعرف الأوقات بطول النجوم، فسميت الأوقات نجومًا، وكانت في الجاهلية فأقرها الإسلام. وأصل جوازها: الكتاب والسنة، والإجماع.

فالكتاب: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣] والخير: قيل: الدين؛ ليتخلصوا لطاعة الله تعالى، وقيل: المال؛ ليتم العقد.

والسنة: قوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ مِنْ كِتَابَتِهِ ذَرَمٌ»^(٢) وأجمعت الأمة على جوازها.

النظر في أركانها وأحكامها

النظر الأول: في الأركان، وهي أربعة

الركن الأول: الصيغة: وفيه ستة فروع:

الأول : فى الجواهر: هى أن تقول: كاتبك على خمسين فى نجم، أو نجمين فصاعداً، كل نجم كذا، وإن لم يقل: إن أدبت فأنت حر.

قال (ش): لا تجوز إلا على نجمين، ولا يجوز نجم ولا الحالة؛ لما روى عن

(۱) فی ط: لا یقع.

(٢) أخرجه من طرق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أبو داود (٣٩٢٦، ٣٩٢٧)، والنسائي في الكبرى (١٩٧/٣)، والحاكم في المستدرک (٢/٢١٨)، ونقل الحافظ في التلخیص (٤/٣٨٩) عن النسائي قوله: هذا حديث منكر، وأخرجه عن ابن عمر موقوفاً مالك في الموطأ (٧٨٧/٢) كتاب المکاتب: باب القضاء في المکاتب (١).

عثمان - رضى الله عنه - أنه غضب على عبده فقال: «لأعاقبك ولأكاتبتك»^(١) على نجمين؛ فدل على أنه لا يجوز أقل من ذلك وإلا لعاقبه^(٢) بالتضييق به. وعن على - رضى الله عنه - أنه قال: الكتابة على نجمين، والإيتاء^(٣) من الثانى.

ووافق ابن حنبل على منع الحال، ووافقنا (ح). احتجوا: بالأثرين السابقين^(٤).

ولأنه يعجز عن أدائه فينسخ العقد، ويطل المقصود فيمتنع، كالسمك فى الماء، والطير فى الهواء، بخلاف بيعه من نفسه، فإنه لا ينسخ بالعجز. والجواب عن الأثرين: أما أثر عثمان - رضى الله عنه - فإنه يدل على أن ذلك تضيق على ذلك العبد؛ لقصور قدرته على الحلول، وأما أثر على - رضى الله عنه - فهو إنما يدل على نفي الحلول بمفهومه لا بمنطوقه، وهو خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له.

وأما التعجيز: فذلك غير لازم فى جميع الصور؛ فلا تحصل هذه الدعوى من هذا الدليل.

ويؤكد ما قلنا: القياس على البيع وسائر المعاوضات، وبالقياس على ما إذا^(٥)، قال: أنت حر على مال.

وقال (ش): كاتبتك على كذا، ليس صريحاً؛ فلا يعتق بالأداء حتى يقول السيد: نويت: إن أدى فهو حر؛ لدوران: «كاتبتك» بين الكتابة، ومخارجة العبد، والكتابة بالقلم؛ فلا تنصرف لأحدها^(٦) إلا بالنية، ووافقنا (ح).

والجواب: أنه مشتهر فى العرف فى الكتابة المخصوصة، فنصرف إليها^(٧) من غير نية؛ كالمخالعة، تحتمل خلع الثياب وغيرها، وهى تنصرف لزوال العصمة، وإن لم يقل: إذ دفعت العوض فأنت طالق.

(١) فى ط: لا عاقبتك ولا كاتبتك.

(٢) فى ط: ولا يعاقبه.

(٣) فى ط: والإيتان.

(٤) فى ط: بالأثر السابق.

(٥) فى ط: أدى.

(٦) فى ط: لأحدهما.

(٧) فى ط: فتصرف إليه.

الثاني : فى الجواهر: «أنت حر على ألف»، قيل: يعتق فى الحال، والألف فى ذمته؛ لأن له انتزاع ماله وعتقه، ولو باعه من نفسه صح وله الولاء، وكذلك إن دس من اشتراه، أو اشترط أن يوالى من شاء؛ لأن السيد هو المعتق، فله أخذ ماله من غير بيع.

الثالث: فى الكتاب: إن اشترط أنه إن عجز عن نجم رق، أو^(١) إن لم يؤد نجومه إلى أجل كذا فلا كتابة له - لم يكن له تعجيله بما شرط، ويعجزه^(٢) السلطان بعد أن يجتهد له فى التلوم بعد الأجل، [إن رجا له مالا]^(٣)؛ لأنك تنهم فى تعجيله وإرقاقه لك^(٤).

قال ابن يونس: قال بعض فقهاءنا: إن شرطت عليه: إن شرب خمرا أو نحوه فهو مردود للرق، ففعل، لا ترده فى الرق، بخلاف العتق إلى أجل، فيشترط عليه: إن أبى فلا حرية له.

والفرق: أن الثانى ضرر عليك.

الرابع: إن شرطت وطأها مدة الكتابة، بطل الشرط دون الكتابة، كما لو أعتقها إلى أجل على أن يطأها، وقال (ش) و (ح): الكتابة فاسدة؛ لمناقضته لها؛ لأن شأن الكتابة حوز النفس.

وجوابه: أن ذلك اشترط منفعة من منافعها، وذلك لا يناقض العقد، كما لو شرط أن يزوجه من غلامها، ويستخدمها، أو شرط: أن ما^(٥) ولدت فى كتابتها رق لك؛ لأنها لا تنفسخ بالغرر، [كما تنفسخ بالبيع إذا شرط وطأها]^(٦). قال ابن يونس: ويكون الولد المشترط تبعا لأمه، ولا يجوز استثناء ما فى بطنها ويبيعهها.

وعن مالك فى هذا كله: تنفسخ الكتابة إلا أن يرضى السيد بإسقاط الشرط. وقال أشهب: تنفسخ ولو بقى منها درهم، إلا أن يرضى السيد بإسقاط الشرط،

(١) فى ط: و

(٢) فى ط: شرطت، ويعجز.

(٣) فى ط: فإن رجاه وإلا.

(٤) فى ط: والغطاة كذلك.

(٥) كذا فى ط.

(٦) فى ط: أيما.

فإن لم يعلم بها حتى أدى المكاتب، تبعها الولد.
وقال محمد: إذا أدى ولو نجمًا بطل الشرط، وصحت الكتابة، وقبل ذلك يخير السيد بين إبطال الشرط والكتابة.

قال ابن القاسم وأشهب: لو كان الشرط من المكاتب: أن ما تلده^(١) زوجته، وهى أمة السيد فهو^(٢) معه فى الكتابة، فذلك جائز، فإن باعها السيد أو وهبها، لم يدخل ما تلد بعد ذلك فى الكتابة.

قال محمد: وإن كاتب السيد امرأته على حدث، سقط شرط الزوج فى ولدها المولود بعد كتابتها، ويعتق الولد مع أولهما عتقًا ويسعى معهما معونة لهما، ويرث من مات من أبويه قبل العتق، وإذا أعتق مع أولهما لم يبق له مع الثانى سعاية ولا موارثة، وما ولدته بعد إسقاط الشرط ففى كتابتها خاصة.

الخامس:

فى الكتاب: إن كاتبته^(٣) على خيار أحدهما شهرًا أو يومًا، كان كالبيع، وبالأولى لأنها مبنية على المسامحة، وما ولدت فى الخيار دخل فى كتابتها إن أمضاها من له الخيار، وإن كرهت يدخل فى البيع ما ولدت المبيعة فى الخيار، وولد المكاتبه فى الخيار أبين.

وقال غيره: لا يدخل^(٤)؛ لأنه لم تتم الكتابة إلا بعد الولادة، وكذلك الولد فى البيع للبائع، ولا ينبغى للمبتاع أن يختار الشراء للفرقة.

قال ابن يونس: قال أشهب: الولد للسيد، ولا يدخل فى الكتابة، وكذلك أرش جنايتها، وما وهب لها، والولد فى بيع الخيار للبائع، ولا ينبغى للمشتري أن يختار البيع للفرقة، فإن فعل فإما أن يضم المشتري الولد إلى أمه، أو يأخذ البائع الأم فيجمعان فى حوز أحدهما، وإلا نقضت البيع.

قال ابن القاسم: الهبة والصدقة فى أيام الخيار للبائع، بخلاف الولد، وهو رجوع، وأشهب^(٥) يرى فى الخيار أن العقد يوم وقع الاختيار، وابن القاسم يرى أن

(١) فى ط: إن مات له.

(٢) فى ط: وهو.

(٣) فى ط: كاتبه.

(٤) فى ط: تدخل.

(٥) فى ط: لأشهب.

الاختيار مضى للعقد الأول، فكأنه لم يزل منعقدًا، والفرق عنده بين الهبة والولد: أن مال العبد للبائع فحمل ما طرأ له للبائع، والولد لم يكن له. قال ابن القاسم: أرش ما جنى عليها^(١) في أيام الخيار، وفي عهدة الثلاث للبائع؛ لأنها في ضمانه، وعليه نفقتها.

قال اللخمي: يجوز الخيار وإن بعد، وهو عند ابن القاسم بخلاف البيع؛ لأن الخوف في البيع من بيع معين، فتأخر ضمانه على البائع، فيزيد في الثمن لمكان الضمان، وفي الكتابة: الضمان من السيد قبل الكتابة وبعدها وليس للسيد انتزاع ماله في زمن الخيار، بل الخيار في العمل^(٢) والمال أربعة: متقدم لا يتزع إلا أن ترد^(٣) الكتابة، أو حدث من خراجه بعمل يده فيتزع^(٤)، أو حدث من غلة ثالث بحيلته أو عبيده، فلا يتزعه، واختلف في الهبة والصدقة قال: وأراهما للسيد إلا أن يقصد الدافع العون في الكتابة، وإن لم يمض الكتابة من له الخيار، فللواهب والمتصدق رده.

السادس:

في المتتقى: إذا شرط عليه ألا يسافر، صح العقد والشرط. وأبطل (ح) الشرط دون العقد، وجعل له السفر. وعندنا: يمنع من سفر بعيد، يحل فيه نجم إلا بإذن سيده، وهو سَوَّى بين السفرين.

وعند (ش) في السفر والشرط قولان.

لنا قوله ﷺ: «الْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ»^(٥) والعبد لا يسافر إلا بإذن سيده، والفتوى^(٦) قبل الكتابة على ذلك، والأصل: بقاؤه. ولأن السفر غرر وخطر، وربما أتلّف أمواله فيه، أو حلت الكتابة له.

(١) في ط: عليهما.

(٢) في ط: العقل.

(٣) في ط: يريد.

(٤) في ط: محمل يده فيتين.

(٥) تقدم.

(٦) في ط: التقوى.

احتجوا: بأنه مالك التصرف فيما يتوصل به إلى الأداء، ومنه السفر.
وجوابه: أن الملك للسيد^(١)، والغالب أنه لم يملكه الخطر بشهادة العادة.

تفريع:

إن شرط ألا يسافر، ولا ينكح، ولا يخرج من أرضه إلا بإذنه، فإن فعل فله إبطال كتابته.

قال مالك: [لك]^(٢) إبطالها إن فعل، وترفعه للسلطان، وليس له أن يفعل ذلك إلا بإذنه، شرطه^(٣) عليه أم لا، لأنه قد يضيع ماله في الصداق وغيره.
وكذلك لو شرطت ولاءه لغيرك، بطل الشرط دون العقد، والرفع للسلطان؛ لينظر: هل لك منعه من ذلك أم لا؟ [و]^(٤) لا تنفسخ الكتابة ولا يتزوج المكاتب إلا بإذن سيده، وقاله (ش)، ولك إجازته وفسخه كالقن، والزوجة بعد الدخول بما استحل به، وهو ربع دينار، فإن أدبت له ومعه غيره في الكتابة.
قال أشهب: ليس لك إجازة ذلك إلا بإجازة من معه، إلا أن يكونوا صغارًا، فيفسخ بكل حال.

الركن الثاني: العوض:

وفي الجواهر: شرطه أن يكون دينًا منجمًا ومؤجلًا، قال ابن القصار في تعليقه:
التأجيل والتنجم ظاهر أن يكون قول مالك وشيوخنا.
وقال القاضي في الإشراف: ليس عن مالك نص صريح في الحالة، وأصحابه يجيزونها، وهو وأصحابنا، جوزوا الحالة، وقاله (ح).
وقال (ش): لا بد من نجمين، وتقدم البحث [فيه]^(٥) في الركن الأول.
وفي الركن سبعة فروع:

الأول: في الكتاب: يجوز على وصف حرمان أو سودان من غير وصفهم، وله الوسط من ذلك الجنس، كالنكاح، ووافقنا (ح) وابن حنبل، وقال (ش): لا بد من

(١) في ط: السيد.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: شرطه.

(٤) سقط في ط.

(٥) سقط في ط.

ذكر أوصاف السلم.

لنا: أن العتق معنى لا يلحقه الفسخ؛ فجاز أن يكون العبد المطلق عوضاً^(١) كالغرة.

احتجوا: بالقياس على البيع والإجارة.

وجوابه: الفرق بأن الكتابة مبنية على المسامحة؛ لأنه بيع ماله بماله، ومقصودها المهم: العتق؛ فلا يضر الغرر في المالية، بخلاف البيع، مقصوده: المالية والمكايسة.

وفي الكتاب: إن أوصى أن يكاتب عبد كوتب بكتابة مثله في أدائه، وإن كاتبه على قيمته جاز، وينجم عليه الوسط من قيمته. ومنعه (ح) للجهالة.

لنا: القياس على الوصف.

أو لأنها معلومة غالباً، ويجوز على عبد فلان، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يجوز خلوه عن العوض، بخلاف العتق.

ويمتنع على لؤلؤ غير موصوف؛ لتفاوت الإحاطة بصفته.

[و] في التنبيهات قيل: قوله في اللؤلؤ مخالف لجواز السلم فيه.

والفرق: أنه في السلم يوصف، وههنا غير موصوف؛ فيتعذر ضبط وسطه؛ لاختلاف أجناس وسطه، وأيسر تفاوته عظيم، بخلاف الوصف، وسوى^(٢) غيره بينهما، واتفق جماعة منهم إذا لم يسم عدد اللؤلؤ أو وزن جملته امتنعت الكتابة. واختلفوا إذا لم يسم عدد الوصف، فقليل: تمتنع الكتابة. وقيل: تجوز، وله كتابة مثله وصفاً.

قال ابن يونس: إن لم يصف الجنس وفي البلد سودان وحرمان من غير غلبة أحدهما: أعطى النصف من كل جنس كالنكاح.

قال بعض أصحابنا: إذا لم يذكر عدة الوصف، فله عليه كتابة مثله وصفاً ما لم ينقص عن وصفين.

وكذلك قول غيره في اللؤلؤ ما لم ينقص عن لؤلؤتين، وجعله مثل ما إذا أوصى

(١) في ط: عرضاً.

(٢) في ط: أو.

أن يكاتب ولم يسم ما يكاتب به .
وقيل : لا يجوز ذلك فى الصحة ، ويجوز فى الوصية ؛ لتعذر مراجعة الميت فى إرادته .

وفى الكتاب : إن كاتبه على ألف درهم ولم يذكر أجلاً ، نجمت عليه ، وشأن الكتابة : التأجيل .

وكذلك إن أوصى أن يكاتب بألف درهم ولم يضرب أجلاً .
ومن ههنا : قيل : إن ظاهر المذهب : منع الكتابة الحالة .
قال سحنون : وإن كاتبه على عبد فلان ، ولم يصل إليه ، فعليه قيمته ومنعه أشهب ؛ للخطر ، وتفسخ الكتابة .

قال محمد : وإن لم يشترط أدى قيمته ولا يفسخ .
وقال ابن ميسر : لا يتم له شيء إلا بعد فلان ، كما قال ابن القاسم : إذا كاتبه على عبد أبى ، أو بعير شارد ، ولم يأت به ، فقد عجز .
قال اللخمي : وكره أشهب البعير الشارد ونحوه ، وقول ابن القاسم أحسن ؛ لأن له انتزاع ذلك منه بغير عتق ؛ فإذا أعتقه عليه ، فقد تفضل عليه ، وجوزها ابن القاسم على إتيانه بعبده الآبى ؛ لأن له إجباره على طلبه ، ويجوز : على أن يغرس أرضه ودياً ، فإذا بلغت فهو حر ، واختلف فى هذا الأصل ، هل هى كتابة فتبث عند الفلاس والموت ، أو عدة فتبطل ؟ قولان لابن القاسم .

ومنه : تربية البقر حتى تصير عدد كذا ، وإذا كاتبه بقيمته قوم بالحال ؛ لأنه أصل القيم ، ثم ينجم ، وإن سمى النجوم ولم يسم^(١) ما يؤدى فيها ، جعل عليه ما يستطيعه .
الثانى : فى الكتاب : إن أعتق بأداء العبد الموصوف فوجد معيياً ، رده واتبعه بمثله ، ولا يرد العتق ، وكذلك النكاح ؛ لأن العبد فى الذمة ، وإن كاتبه على طعام مؤجل ، فله مصالحته على دراهم معجلة ، ولا يبيعه من أجنبى ؛ لأنه بيع الطعام قبل قبضه ، ويجوز فسخ العين أو العرض حل أم لا ، فى عرض نقدًا أو مؤجلاً ، مخالفاً للعرض الذى عليه ، أو من صنفه ، بخلاف البيوع ؛ لأنه فسخ دين فى دين ، ولا تبعه من

(١) فى ط : يسلم .

أجبنى إلا بضمن معجل، ويجوز أن [تضع عنه وتتعجل أو تؤخر]^(١) وزيدك، وتفسخ الدنانير في دراهم إلى أجل، ويعجل عتقه؛ لأنها ليست بدين ثابت؛ لأنه لا يحاص بها في الفلس ولا الموت، إنما هي كمن قال: إن جئتني بكذا فأنت حر، ثم قال: إن جئتني بأقل، فأنت حر، ولك مقاطعته بما عليه في عمل يعمله، أو حفر بئر طولها كذا.

فائدة:

في التنبيهات: القطاعة بفتح القاف وكسرهما؛ لأنه قطع طلب سيده عنه بما أعطاه، أو قطع له بتمام جزيته بذلك، أو قطع بعض ما كان له عنده وجوزها مالك بما يجوز بينك وبين غريمك، عجلت العتق بذلك القبض، أو أخرته بتأخير بعضه، عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره، ومنعها سحنون إلا ما يجوز بينك وبين غريمك الأجنبي، وقاله (ش) قياساً على البيع.

فائدة:

الفعالة بفتح الفاء: السجايا الخلقية: كالشجاعة والبسالة^(٢)، والنجابة، وبكسرهما: الصنائع، كالنجارة والخياطة والصياغة، وبضمهما: لما يطرح: كالخالة، والفضالة، والنحالة، والزبالة، وهذه الاستعمالات لغة - على كثرتها^(٣) - غير مطردة، والقطاعة: هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نحو من الصناعة والتجارة، فالكسر فيها أنسب.

قال ابن يونس: قال سحنون: إذا كانت القطاعة يعملها سيده امتنع؛ لأن كل خدمة تبقى بعد عتقه فهي ساقطة، وإن كانت عليه ديناً عاش أو مات جازت، [و]^(٤) تعجل العتق ولا امتنع، وكان ديناً بدين، وقد كره مالك الربا بين العبد وسيده. قال ابن القاسم: وإذا أحالك^(٥) مكاتبك بالكتابة على مكاتب له، وله عليه مثل ما على الأعلى، امتنع، إلا أن يثبت أخت عتق الأعلى، فإن عجز الأسفل كان رقاً لك، ولا يرجع على المكاتب الأعلى بشيء؛ لأن الحوالة كالبيع وقد تمت حرية. ومنع ابن القاسم الحمال بالكتابة إلا على تعجيل العتق، وأما الحوالة على من لا

(١) في ط: يضع عنه ويتعجل أو يؤخر.

(٢) في ط: الفسالة.

(٣) في ط: لكثرتها.

(٤) سقط في ط.

(٥) في ط: أحل لك.

دين له قبله فتمتنع؛ لأنها حمالة، أو على من له عليه دين حال أو لم يحل، جاز إن حلت الكتابة، ويعتق مكانه، وكذلك إن حل عليه نجم، وبيراً من ذلك النجم، وإن كان آخر نجومه عتق مكانه، وإن لم يحل النجم لم يحل، امتنعت الحوالة، وإن حل الدين؛ لأنه فسخ دين لم يحل في دين حال أو لم يحل.

وكره مالك بيع الكتابة من أجنبي بعرض أو غيره إلى أجل؛ لأنه دين بدين، ووسع فيه بينك وبين مكاتبك، وجوز أشهب الحوالة وإن لم تحل الكتابة، ويعتق مكانه؛ لأنها ليست بدين ثابت، وكأنه عجل عتقه على دراهم نقد، ومؤجلة، والكتابة دنائير لم تحل، كمن^(١) قال: إن جئتني بدراهم فأنت حر، ثم قال: إن جئتني بعشرة دنائير فأنت حر، وإنما كرهه ابن القاسم فيما لا يعتق^(٢) به كله مكانه. الثالث: في الكتاب: إن كاتبه على خدمة شهر، جاز عند أشهب، ولا يعتق حتى يخدم شهراً؛ لأنه ظاهر الشرط.

وقال ابن القاسم: إن عجل عتقه على خدمة شهر بعد العتق، بطلت الخدمة، وهو حر؛ لأنه استثنى من الحرية الخدمة، والحرية لا يستثنى منها، وكما لو قال: «على أن أطال»، وإن أعتقه بعد الخدمة، لزم العبد الخدمة؛ لوقوعها في زمن الرق، وكل خدمة اشترطها بعد أداء الكتابة بطلت، أو في كتابة، فأدى الكتابة قبل تمامها سقطت.

[و]^(٣) في النكت: قال بعض شيوخنا: إذا كاتبه على خدمة شهر لا يختلف ابن القاسم وأشهب إلا في وجه واحد: إذا عجل قيمة الخدمة، فيتعجل عتقه عند أشهب: كتعجيل الكتابة، ولا يتعجل عند ابن القاسم.

قال بعض شيوخنا: والمكاتب إلى مدة يخدمها معلومة: له حكم المكاتب؛ لا^(٤) المعتق إلى أجل؛ لإشعار لفظ الكتابة، لإرادة السيد لذلك، فيحوز ماله، وينفق على^(٥) نفسه.

وقوله: «إذا عجل الكتابة سقطت الخدمة»، إنما يصح في الخدمة اليسيرة؛ لأنها

(١) في ط: فمن.

(٢) في ط: تعتق.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: لأن.

(٥) في ط: عليه.

فى حيز التبع، فإن كان الأقل مالا والأكثر خدمة فلا.

قال ابن يونس: إذا أذن، له حكم المكاتب لا المعتق إلى أجل، ينبغى أن يكون له التعجيل قيمة الخدمة، وإنما يمتنع إذا قال: اخدمنى شهرا وأنت حر؛ لأنه معتق إلى أجل.

قال مالك: وإن كاتبه وشرط عليه أسفارا وضحايا، فأدى الكتابة وعجل الضحايا، عتق، وسقطت الأسفار.

وعنه: إذا لم تحل الضحايا، وعجل قيمتها عتق، والقيمة على أنها حالة. وعن ابن القاسم: إن شرط عليه خدمة أربعة أيام كل أسبوع مدة الكتابة فقط، والأضحية ما عاش لزمه.

فإن أدى الكتابة قبل محلها أو بعده، سقطت الخدمة، ويعمر المكاتب، ويؤدى^(١) قيمة الضحايا فى تعميره معجلة، ولا يعتق حتى يؤديها؛ قاله مالك. وقال ابن القاسم: يؤدى القيمة حالة إلى أجلها.

قال ابن القاسم: وإن شرط ألا يخرج من خدمته حتى يؤدى لا يفسخ بذلك، ولزم الشرط.

قال محمد: سقطت الخدمة إذا بقيت بعد الأسفار؛ لأنها بقيت من الرق وقد أمر الشرع بتكميل العتق على معتق بعضه حتى لا يبقى فيه شيء من الرق، إلا أن يشترط العتق بعد أداء الخدمة والأسفار، فيلزمه، ولا يعتق حتى يفعل ذلك، أو يعجل قيمته. وعن مالك «ابن لى هذه الدار وأنت حر» فمرض، فله أن يأتى بمن يبنى وإن كره السيد، قال أحمد بن ميسر: هذا فى العمل المفهوم كالبناء بخلاف الخدمة، إلا أن يرضى السيد، لأنه معتق إلى أجل. قال ابن يونس: التفرقة التى فى الثلث بين الخدمة اليسيرة وغيرها: مخالفة لتعليل محمد ببقاء الرق، فإن الرق تكمل حرته، وإن بقى الأكثر. قال اللخمي: إن كاتبه على خدمة هذا الشهر فمرض أو أبق؛ لم يعتق بخلاف المعتق إلى أجل؛ لأنه مكاتب لم يؤد ما عليه، فإن أعطى قيمة ذلك الشهر عتق استحسانا، وإن قال: على خدمة شهر فمرض بعد العقد شهرا على سنة الكتابة، فإن اعترف أنه أراد تعجيل العتق، وعتق وسقطت الخدمة.

(١) فى ط: تؤدى.

وفى الموازية: إذا اشترط مع المال أسفاراً فأدى، لا يعطيه مكان الأسفار شيئاً، وعلى هذا يعطيه قيمة الخدمة.

الرابع، فى الكتاب: إن كاتب على ألف، على أنه إذا أدى وعتق فعليه مائة، جاز، كمن أعتقه على أن عليه مائة.

قال ابن يونس: قال محمد ويتبعه^(١) بالمال، ولا يحاص به الغرماء.

قال سحنون: قول مالك: «أنت حر، وعليك»، أو «أنت حر على أن عليك» - سواء، وهو حر وعليه ما سمي.

وقال ابن القاسم: يخير العبد فى: «على أن عليك» فى العتق والاتباع بذلك، أو يبقى رقاً.

الخامس: فى المقدمات: يمتنع بالغرر والمجهول إلا أن يستخف، فإن كان [فى]^(٢) حقهما أو حق السيد، نحو الكتابة إلى موت فلان بكذا، أو إلى أجل معلوم بالشارد والآبق، أو جنين فى بطن أمه لفلان - فيمتنع اتفاقاً.

أو فى حق المكاتب خاصة: كالمكاتبة إلى أجل معلوم على عبد فلان، أو يأتيه بعبد الآبق، أو: إن بلغت البقرات كذا إلى أجل كذا - فقولان: الجواز لابن القاسم، والمنع لأشهب.

وأما إن كان الآبق للعبد، وبدأ إليه منه الآن، فهو حر، والآبق للسيد، وجده أم لا؛ لأنه أعتقه وانتزعه منه.

السادس: قال البصرى فى تعليقه: إذا كاتبه على ميتة، أو موقوذة، ودفع العبد ذلك، رجع السيد عليه بالقيمة، كما نقول^(٣) فى الخمر والخنزير، وقاله (ش) قياساً على الخمر والخنزير، وكالخلع والنكاح.

وقال (ح): لا يرجع فى الميتة؛ لأنها شرط لا عوض؛ لعدم قبولها للعوض، [بخلاف الخمر والخنزير، له مالية عند أهل الذمة]^(٤).

(١) فى ط: وسعه.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: يقول.

(٤) فى ط: بخلاف الميتة والخنزير له ماله عند الذمة.

السابع: قال: إذا وجد العوض معيبًا وليس معه مال^(١)، رد عتقه، وقاله (ش). وقال (ح): لا يرد.

لنا: أن العوض لم يحصل فلا يعتق، كما إذا كاتبه على عوض فلم يؤده. احتجوا: بأنا قد حكمنا بالعوض فلا يرد.

جوابه: حكمنا به ظاهرًا لا باطنًا؛ فيرد كما لو حكمنا، ثم ظهر كذب البينة. [و]^(٢) في الجواهر: إن كاتبه على أن يشتري منه شيئًا بنصف الكتابة: لم يلزمه الشراء، وإن كاتبه وباعه^(٣) شيئًا على عوض واحد، دفعة واحدة صح ولزم البيع والكتابة؛ كالبيع والإجارة.

الركن الثالث: المكاتب.

وفي الجواهر: شرطه أن يكون مكلفًا، أهلًا للتصرف؛ لأنها عقد. ولا يشترط أهلية التبرع؛ لأنه لم يغبن^(٤)، بل ربما أخذ أضعاف قيمة العبد وهو الغالب. وفي الركن ستة فروع:

الأول: في الكتاب: إذا كاتب الشريكان معًا امتنعت مقاطعة أحدهما على حصته إلا بإذن شريكه؛ لأنه تصرف في المال المشترك، فإن أذن له فقاطعه من عشرين مؤجلة في حصته على عشرة معجلة، ثم عجز المكاتب قبل أن يقبض هذا مثل ما أخذ المقاطع، خير المقاطع بين أن يؤدي لشريكه ما أخذ ويبقى العبد بينهما، أو يسلم حصته من العبد إليه رقيقًا.

وإن مات المكاتب عن مال، فللآخر أن يأخذ منه جميع ما بقي له من الكتابة بغير حطيطة، حلت أم لا؛ لأن الموت يوجب الحلول وللمالك^(٥): ماله بينهما على قدر حصتهما في المكاتب؛ لأنه مات رقيقًا، وإن حل نجم فقال: آتني^(٦) به وخذ المستقبل ففعل، ثم عجز عن النجم الثاني، رددت نصف ما قبضت؛ لأنه سلف منه لك، ويبقى العبد بينكما، ولا خيار للمقتضى، بخلاف القطاعة، وهو كالمال

(١) في ط: ماله.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: وباع.

(٤) في ط: يتعين.

(٥) في ط: والمالك.

(٦) في ط: آتوني.

منجم، بدأ أحدهما بنجم على أن يأخذ الآخر النجم الثانى، ففلس الغريم فى الثانى، رجع على صاحبه.

وإن أخذ أحدهما من المكاتب جميع حقه بعد محله بإذن صاحبه، وأخره^(١) صاحبه، ثم عجز المكاتب، فلا رجوع للذى أخره على المقتضى. ويعود العبد بينهما؛ كقبض أحدهما من غريمهما حظه بعد محله، وأخره^(٢) الآخر، ثم فلس الغريم، فلا رجوع على المقتضى بشيء؛ لأنه لم يسلفه شيئاً، بل أغر غريمه. وإن تعجل أحدهما جميع حقه من النجوم قبل محله بإذن شريكه، ثم عجز المكاتب عن نصيب شريكه؛ فهذا يشبه القطاعة.

وقيل: كالقطاعة، ويعد ذلك سلفاً من المكاتب المعجل. والقطاعة التى أذن فيها أحدهما لصاحبه كالبيع؛ لأنه باع حظه على ما تعجل منه، ورأى أن ما قبض أفضل له من حظه فى العبد إن عجز.

قال ربيعة: قطاعة الشريك بخلاف عتقه لنصيبه، بل كسواء العبد نفسه. فى التنبيهات: إنما قال فى المقاطع بإذن شريكه إن أحب أن يرد ما أخذ، ويكون العبد بينهما قائماً، يرد ما أخذ حتى يتساوى مع الذى لم يقاطع، ولو كان الآخر قبض أقل مما قاطع الآخر، فإنه يرد عليه بقدر ما يشتري معه، وهو نصف ما فضل به.

فى النكت: إذا قاطعه بإذن شريكه، ثم قتل^(٣) المكاتب قبل أن يؤدى للشريك^(٤) الآخر، فهو مثل عجزه لا كموته؛ لأن القيمة المأخوذة من القاتل عوض من رقبته، فإن حصل من قيمته مثل ما قبضه المقاطع، فلا مقام لمن يقاطع، أو أقل أو أكثر، فهو كما قاله فى الكتاب فى عجزه.

قال ابن يونس: قال محمد: إن قاطعه على عرض أو حيوان من العشرين التى له، نظر إلى قيمة ذلك نقداً يوم قبضه، ثم رد فضلاً إن كان وأخذ حصته من العبد. وإن قاطعه على مثلي رد مثله، ورد الآخر كل ما قبض [و]^(٥) يكون بينهما نصفين

(١) فى ط: أخذه.

(٢) فى ط: أخذه.

(٣) فى ط: قبل.

(٤) فى ط: الشريك.

(٥) سقط فى ط.

مع رقية العبد، إلا أن يشاء أن يتمسك^(١) بما قاطعه به، ويسلم حصته. وإذا قاطعه بإذن شريكه، فاقتضى المتمسك أكثر مما أخذ المقاطع أو مثله، ثم عجز المكاتب لم يرجع المقاطع على المتمسك^(٢) بشيء مما عنده من الفضل، ولو لم يأخذ المقاطع جميع ما قاطعه عليه حتى مات، ولم يترك إلا أقل مما بقى عليه من الكتابة - تحاصا فيه جميعًا بما بقى من القطاعة والكتابة، فإن لم يقبض المقاطع شيئًا، وقبض الذى لم يقاطع، ثم عجز قبل أن يقبض^(٣) الذى لم يقاطع عند حلول كل نجم - فلا رجوع للمقاطع عليه؛ لأنه رضى بتأخير المكاتب، وترك لصاحبه ما أخذ، وإن تعجل قبل الحلول، أخذ المقاطع نصف ما اقتضى. قال ابن يونس: وأرى إن اقتضى نجمًا مما حل عليه، فللمقاطع محاصته فيه بقدر ما قاطعه، والمتمسك بقدر النجم الحال؛ لأنه حل؛ فيتحصان فيه بقدر ما حل لكل واحد.

وإن عجله قبل محله، فللمقاطع أن يأخذ منه قدر ما قاطعه عليه، وما فضل للمتمسك؛ لأن حق المقاطع قد حل، وحق الآخذ لم يحل، فتعجيله هبة، للمقاطع رده، وهذا إذا لم يكن له مال غيره، ولا أخذ المقاطع منه حقه، وتم للآخر ما عجل له. فإن قاطعه بغير إذن شريكه وعلم بذلك قبل عجز المكاتب وموته، فما^(٤) قبضه المقاطع بينهما، إلا أن يسلمه له شريكه، ويتمسك بالكتابة؛ فيصير كأنه قاطعه بإذنه، فإن لم يرض فله نصف ما أخذ المقاطع؛ لأن العبد وماله بينهما؛ فليس لأحدهما أن يأخذ منه شيئًا إلا بإذن شريكه؛ ولذلك امتنعت المقاطعة إلا بإذنه. قال محمد: فإن قاطعه بغير إذن شريكه، ثم عجز المكاتب أو مات وقد استوفى المتمسك مثل ما أخذ المقاطع، أو ترك الميت ما يأخذ الآخر منه ما بقى له، أو مثل ما أخذ - فلا حجة للمتمسك؛ قاله ابن القاسم وأشهب.

واختُلف إذا عجز ولم يأخذ المتمسك إلا أقل مما أخذ المقاطع، فخير ابن القاسم المتمسك بين الرجوع على البائع بنصف ما فضله به، ويكون العبد

(١) فى ط: يتماسك.

(٢) المستمسك.

(٣) فى ط: قبض.

(٤) فى ط: وما.

بينهما، أو يتمسك^(١) بالعبد، ولا يكون للمقاطع نصف رد الفضل وأخذ نصيبه في العبد، بخلاف المقاطع بإذن شريكه، ورواه عن مالك.
وقال أشهب: إذا تمسك^(٢) هذا بالعبد رجع الخيار لمقاطعه، فله رد نصف الفضل، وله نصف العبد.

قال مالك: إن قاطع المكاتب أحدهما على نصف نصيبه على مائة، والمكاتب ثمانمائة، وأبقى الربع الآخر مكاتبًا بإذن شريكه، جاز، فإن عجز قبل أن يستوفى المتمسك شيئًا: خير المقاطع بين رد نصف ما قاطع به على شريكه، ويبقى العبد بينهما، ويبقى له ربع العبد، وللآخر ثلاثة أرباعه.

فإن قبض منه المتمسك مثل ما أخذ المقاطع وذلك مائة - خير المقاطع في عجزه بين تسليم^(٣) ما أخذ المتمسك، وله نصف العبد أو^(٤) يأخذ ثلث المائة، وله ربع العبد، وللآخر ثلاثة أرباعه.

وكذلك إن قبض المتمسك مائتين للمقاطع ثلثها وربع العبد، ويأخذ خمسين نصف ما فضله به، فيستويان في الأخذ، ويكون العبد بينهما نصفين.

فإن قبض المتمسك ثلاثمائة، أخذ منه المقاطع ما بقي لهما من العبد مكاتبًا، وبقي العبد بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الأخذ، وإنما خير المقاطع إذا قبض مائتين فأقل؛ لأنه لم يقبض غير ما قاطع عليه، وحقه أن يأخذ الثلث من كل ما يقتضى؛ لأن له ربع العبد المكاتب، ولشريكه نصفه، فإن شاء أخذ ذلك، وله التمسك بما قبض، وله ربع العبد، أو يرد ما فضل به صاحبه، ويكون له نصف العبد؛ قاله محمد.

قال ابن يونس: ينبغي إذا عجز قبل أن يستوفى المتمسك أن يخير [بين أن يرد]^(٥) المقاطع لشريكه نصف ما فضله به، ويبقى العبد بينهما، أو يبقى له ثلث العبد، وللآخر ثلثاه؛ لأنه أبقى ربع العبد مكاتبًا، وللآخر نصفه مكاتبًا، فله مثل ما له؛ فيكون بينهما أثلاثًا، كما لو كان بين ثلاثة^(٦) لواحد نصفه، وللآخر الربع، فيقاطعه

(١) في ط: يتماسك.

(٢) في ط: تماسك.

(٣) في ط: سلامة.

(٤) في ط: و.

(٥) سقط في ط.

(٦) في ط: ثلثه.

صاحب الربع بإذن شريكه، ثم عجز العبد قبل قبض المتمسك شيئاً، خير المقاطع بين أن يدفع لشريكه ما فضلها به، ويبقى العبد بينهما كما كان أو يبقى العبد بين شريكه أثلاثاً: لصاحب الربع ثلثه، ولصاحب النصف ثلثاه، وكذلك إن كان بينهما، فقاطع أحدهما نصف نصيبه؛ لأن المقاطع لما رضى بما قاطعه به، فقد سلم ذلك الربع^(١) لشريكه؛ لأنه أخذ عوضه.

قال محمد: فإن قاطعه أحدهما بإذن شريكه من الأربعمائة حصته على مائة، ثم زاد الآخر فى النجوم على أن يزيده المكاتب على حصته مائة، ورضى شريكه - جاز، ولا يجوز على ما بين سحنون؛ لأنه لم يتعجل عتقه.

قال محمد: فإن عجز قبل أن يأخذ المزداد شيئاً خير المقاطع بين نصف ما فضله به، ويكون العبد بينهما، أو يتمسك^(٢) ويسلم العبد، وإن قبض المزداد مثل ما أخذ المقاطع، وأخذ جميع حقه الأول بلا زيادة، بقى العبد بينهما نصفين، وإن قبض أكثر الزيادة رد نصف ذلك للمقاطع، وبقى العبد بينهما نصفين، فإن مات العبد قبل أن يأخذ المزداد شيئاً، وترك مالا، فليأخذ منه المزداد جميع ما له عليه من حقه الأول، والزيادة والفاضل بينهما نصفين، وإن لم يترك شيئاً لم يرجع المزداد على المقاطع بشيء. فإن قتل العبد: قال أبو عمران: قيمته مثل تركته لا كرقبته؛ لأنها مال، ومن جنس ما أخذ المقاطع، والرقبة تقع الرغبة فيها؛ فلذلك خيرناه.

وقيل: هى كالرقبة، فإن كان فيها مثل ما أخذ المقاطع، أخذه المتمسك، أو أقل أو أكثر، فكالجواب فى عجزه.

قال: والأول أصوب، فالمكاتبان يقتل أحدهما بقيمته كرقبته. وإن كان المكاتب بين ثلاثة: قاطع أحدهما بإذن صاحبه^(٣)، وتمسك الثانى، ووضع الثالث، ثم عجز العبد - قال ابن القاسم: إن رد المقاطع نصف ما قاطع للمتمسك، فالعبد بين الثلاثة بالسواء، وإن أبى فهو بين المتمسك والواضع نصفين؛ لأن المتمسك أجل أخذه^(٤)، والواضع وضع حقه من المال دون الرقبة؛ لأن العبد

(١) فى ط: الربع.

(٢) فى ط: يتمسك.

(٣) فى ط: صاحبه.

(٤) فى ط: المتمسك أجل أخذ.

لو أدى لم يكن له منه شيء، وإن لم يقاطع، وإن عجز فهو على حقه من الرقبة، وإذا حل نجم [فغلب بدأبة]^(١)، وخذ المستقبل، فعجز أو مات قبل حلول الثاني عليه، لا ترد نصف ما قبضت؛ قاله مالك، فإن حل الباقي قبل عجزه، فتعذر عليه، وانتظر لما يرجي له، فعلى الشريك أن يعجز لشريكه سلفه، ويتبعان جميعاً المكاتب بالنجم الثاني.

وعن ابن القاسم: إذا تقدمه بنجم فحل نجم بعده، فقال له: تقاص أنت وأنا، واقض ما أسلفتك، فليس ذلك عليه، ولا له قبله شيء، إلا أن يعجز المكاتب، فلو حل عليه نجم ولم يحل إلا نصفه، فقلت: ائتوني وانظر أنت المكاتب، أو سأله المكاتب ذلك، فهو انتظار في الوجهين، ولا يرجع عليك إن مات أو عجز، ويكون العبد بينكما إذا لم يكن فيما جاء به زيادة على حق أحدهما، فإن كانت فيه زيادة، فأخذتها بإذن الشريك، واشترطت إنظار المكاتب، لم يلزم ذلك في الزيادة؛ لأنها للذي^(٢) لم يقتض، وهي محال بها فيما لم يحل، فإن لم يدفعها المكاتب رجع بها الشريك، وإنما الإنظار فيما لم يحل، وإن سأل المكاتب [أحدهما قبل المحل]^(٣) في التأخير بحصته كلها حتى يتم اقتضاء الآخر فرضي - لزمه بخلاف ما أحضره المكاتب؛ لأنه بإحضاره وجب لهما.

قال اللخمي: إن كانت القطاعة على عشرين، فقبض عشرة، فعجز العبد، فهو كمن قاطع على نصف نصيبه، واختلف فيه:

ف قيل: يخير الأول بين رد خمسة، ويبقى العبد بينهما نصفين، أو لا يرد، ويكون له من العبد ريعه، وللمتمسك ثلاثة أرباعه.

وقيل: الربع بينهما أثلاثاً، منصوباً^(٤) على ما بقي لكل واحد منه، وإن قاطعته على عشرين نقداً، والآخر قاطعه على مائة إلى أجل، وتراضيتما بذلك، جاز.

قال محمد: إذا كانت زيادة الثاني بعد قبض الأول؛ لأنه ليس له أن يضعفه حتى يستوفى الأول، فإن عجز قبل قبض الثاني شيئاً، قيل لأول: إن شئت فرد لشريكك نصف ما عندك^(٥) من الزائد، ويكون بينهما، وإن قبض أكثر مما قبض، وإن قبض

(١) كذا في ط.

(٢) في ط: الذي.

(٣) في ط: أحدهما قبل محل.

(٤) في ط: مفضوفاً.

(٥) في ط: عندكم.

الزيادة التي زادها فعليه رد نصف الزيادة.

قال: والقياس: أن تختص بها؛ لأنها ثمن لذلك التأخير.

قال: وأما قول ابن المواز: «ليس له أن يضعفه حتى يستوفى الأول» فغلط؛ لأن الثاني أخره عن الأجل، فكيف يقبض الثاني قبل الأول، وإن أخذ الأول نصيبه - وهو عشرون - فمات المكاتب عن غير شيء، فلا رجوع للثاني عن الأول، فإن خلف مالا حل عليه بالموت، وما فضل بينهما نصفين، وإن لم يأخذ الأول شيئاً فما خلف بينهما أسباعاً، والفاضل عن الحقين بينهما نصفان، بخلاف المعتق، فإن التركة للمتمسك بالرق.

وإذا عجل المكاتب قبل الحلول نصيب أحدكما من الكتابة فرضى الآخر، قال ابن القاسم: هو كالقطاعة، إن شاء تمسك بما قبض وله نصف العبد. وقيل: سلف من العبد، فله الرجوع على شريكه، فكلما عجز عن نجم رجع بقدره، فإن عجز ورق، لم يرجع إلا على النجوم؛ لأنه رضى.

الثاني: تمتع كتابة المأذون وعتقه إلا بإذن سيده؛ لأنه محجور عليه إلا في المتجر الذي أذن له فيه، فإن فعل بإذنه وعلى المأذون دين يغترق ماله، امتنع إلا بإذن الغرماء؛ لأن ماله لهم، وكتابته نوع من العتق، إلا أن يكون في ثمن الكتابة إن بيعت كفاف الدين، أو لقيمة الرقبة، فتباع الكتابة للغرماء، فيعجل بها إن شاء، وكذلك المديان الحر يكاتب.

قال ابن يونس: الفرق بين المأذون وبين الوصى يكاتب عبد من يلى عليه: أن الوصى أقيم مقام الأب، والمأذون لم يقيم مقام السيد، بل أذن له في المتجر، وسوى أشهب بينهما وبين المكاتب؛ تغليبا للتجارة، ومنع مقال الغرماء، وجوز مكاتبه الحر من غير محاباة، وإن كره الغرماء.

واختلف في المريض فعكسا قوليهما، ومنعها سحنون.

فإن كاتب المديان وعلى العبد جنابة قبل الكتابة، فقيم عليه، فقال العبد: أؤدى عقل الجنابة والدين، وأثبت على الكتابة - قال مالك: ذلك له.

قال أبو عمران الفاسي: ويحاسب سيده في الكتابة، ولم يكن للمكاتب منه شيء، بل تباع كتابته بالدين، ولا يحاسب بالجنابة؛ لأنها لو طرأت لم يكن على السيد منها شيء، ويقوم بها المكاتب أو يعجز.

قال ابن القاسم: إن كاتبها المديان فولدت من غيره، فللغرماء فسخ الكتابة، ويرقها الدين وولدها، إلا أن يكون في ثمن الكتابة إن بيعت مثل الدين أو قيمة رقبته، فتباع الكتابة، فإن فلس السيد بدين لحقه بعد، بيعت الكتابة، ولا شيء للغرماء غير الكتابة، وإن كثر الدين.

الثالث: في الكتاب: للوصى [مكاتبه عبد]^(١) الموصى عليه على وجه النظر، ويمتنع عتقه على مال؛ لإمكان الانتزاع، ويجوز من الأجنبي على عتقه كبيعه، إن كان نظرًا، وللأب مكاتبه مدبر ابنه نظرًا له، كما يبيع ويشترى له نظرًا ويعتق عبد ابنه الصغير، والأب ملء، وألا لم يجز.

قال غيره: إلا إن أيسر قبل النظر في ذلك، فيتم عتقه، ويقوم عليه. قال ابن يونس: قال مالك: وإن لم يكن الأب موسرًا يوم أعتق فرغ للحاكم رد عتقه، إلا أن يتناول زمانه، وتجوز شهادته، ويتزوج الأحرار، فيتبع بقيمته، وأما الكبير الخارج عن ولايته، فيرد عتقه لعبده كالأجنبي.

قال محمد: وإن أعتق عبد ابنه الصغير عن الابن: امتنع، وإنما يلزمه ويقوم عليه إذا أعتقه عن نفسه، وقاله (ش).

و [قال: (ح): لا تجوز مكاتبه الأب والوصى.

لنا: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، وقوله ﷺ «وإنما لامرئ ما نوى»، وهما قد نوبا الكتابة.

ولأن لهما البيع، وهى^(٢) فى معنى البيع.

احتجوا: بأنها عتق بغير عوض؛ لأن [له أخذ كسبه]^(٣) بغير عتق، ولأن فيها تفريرًا بمال الصبى؛ لأن المكاتب يحوز ماله، فقد يتلف ويعجز.

والجواب: أن النظر قد يؤدى إلى ذلك بأن يخاف إباحه^(٤)، كما له بيعه بالثمن اليسير نظرًا، وقد لا يكون له كسب فيحتاجون للكتابة بكسبها، ويحصل فى الكتابة أضعاف قيمته.

(١) فى ط: عند.

(٢) فى ط: وهما.

(٣) فى ط: لها أخذ اليسير.

(٤) فى ط: فإن يخف أفاته.

الرابع: فى الكتاب: يمتنع مكاتبتك شقصًا لك بإذن شريكك أو بغير إذنه، للذريعة إلى عتق النصيب بغير تقويم، ويفسخ وترد ما أخذت، فيكون بينكما مع رقة العبد، قبضت الكتابة كلها، أو بعضها.

قال غيره: إنما يكون ذلك بينكما إذا اجتمعما قسمة، ومن طلب رد العبد، فذلك له؛ لأن مال العبد المشترك لا يأخذ أحدهما منه شيئًا، إلا بإذن صاحبه، ولا ينزع ماله حتى تجتمعا، وإن كاتب حصتك، ثم كاتب الآخر حصته، ولم يتساويا، امتنع ذلك إذا لم تكاتبا جميعًا كتابة واحدة، كاتبتاه على مال متفق، أو مختلف؛ لأن كل واحد يقتضى دون الآخر.

قال غيره: إن تساويا فى الأجل والمال: جاز ذلك، وأما إن أعتق هذا أو دبر، ثم فعل الآخر مثله، ولم يعلم صاحبه: جاز.

قال ابن يونس: وقيل: إن كاتبه إلى سنتين بمائتين، والآخر: بمائة إلى سنة، فإن حطه صاحب المائتين مائة، وصيره^(١) بمائة إلى سنة، جاز، وكأنهما كاتبا معًا. وإن أبى: قيل للمكاتب: أترضى أن تزيد صاحب المائة مائة، وتؤجلها إلى سنة؛ ليتفق الأداء، فإن فعل: جاز، وإلا فسخت الكتابة.

قال اللخمي: إن اتفقت فى القدر والنجوم، والعقد مفترق: امتنع، فإن وقع؛ قال ابن القاسم: تفسخ، وأمضاها غيره، وأبطل الشرط، ويكون الاقتضاء واحدًا. وإذا فسدت ولم يعلم حتى أدى نجمًا، أو صدرًا من الكتابة؛ ففى الفسخ قولان، ويسقط الشرط إن أمضيت، وإن أدى الجميع عتق قولًا واحدًا، وقاله (ش). الفوت إن كان الفساد بإمكان الافتراق فى الاتصال، واختلاف النجوم، أما اختلاف الأداء: فإن أخذ أحدهما مائة، والآخر مائتين، فالفسخ باق إلا أن يسمى العبد الآخر مائة، أو يرضى السيد أن تكون الدنانير والعروض بينهما، وإن كاتبه على مائة إلى سنة، والآخر على مائة إلى سنة، والثانى بمائة إلى سنة: فسخت، فإن أدى نجمًا أو صدرًا^(٢)، فإن رضى من له الفضل والعبد بلحق الأعلی، أو رضى بأن يكون الاقتضاء واحدًا مضت الكتابة، وإلا مضت على أحد الأقوال، ويكون

(١) فى ط: خيره.

(٢) فى ط: صخرًا.

اقتضاؤهما واحدًا، وتفسخ على القول الآخر ما لم يؤد نجمًا أو صدرًا.
وإن كاتب نصيبه وحده ؛ ففي الكتاب: يفسخ.
وعنه يحلف السيد ما علم أنه يعتق عليه إذا أدى، فإن حلف لم يقوم عليه، وإلا قوم.

وظاهر قوله: أنه لا يرد عتق ذلك النصيب؛ لأنه لم يقل: إن حلف رد عتق النصيب الذي أدى، ويختلف على هذا إذا لم يكن فيه شرك:
ففي المدونة: يرق ما كوتب منه وإن أدى، وعلى القول الآخر: يحلف، فإن نكل عتق كله، إلا أن يكون عليه دين يغترق مالم يكاتب^(١) منه، فيمضى ما كاتب في نصفه؛ للخلاف أنها بيع أو عتق، فإن كان فيه شرك وفات بالأداء، أو فات ما قبضه وهو معسر، والذي اقتضاه مثل ما ينوبه من مال، كان بيده أو من خراجه، مضى عتق ما كاتب منه؛ لأن الرد إما للاستكمال - وهو معسر - أو لحق الشريك فيما يأخذه، وهذا لم يأخذ فوق حقه إن كان من خراجه، وإن لم يكن أذن، وإن كان من غير الخراج مضى إن كان بإذنه، فإن كان العبد معتقًا نصفه جاز مكاتبه بقيته.
ويختلف في كتابة نصف البقية؛ فعلى القول بأنه ليس بزيادة فساد يجوز، وإن كان نصفه مدبرًا جازت كتابة الآخر، إذا كان يسعى في كتابته في يوم من لم يدبر، وإن كانت السعاية من مال بيده قسم، فكان للمدبر نصيبه، ويسعى في اليوم الآخر للكتابة، وكذلك إذا أعتق الأول - وهو معسر - أو أولد؛ لأن المقال في قسمة المال للثاني؛ لأن يبيعه بماله أفضل.

قال ابن وهب: إن أعتق أحدهم - وهو معسر - ودبر الآخر، وكاتب الثالث، يؤدي من ثلثي المال الذي في يده، أو ثلثي ما يكسبه، ولا يؤدي من الجميع؛ لأن للمدبر أخذ ثلث ماله وخدمته.

الخامس: في الكتاب: إذا كاتب النصراني عبدًا لنصراني: جاز، ولا يمنع من بيعه، ولا فسخ الكتابة؛ لأنه من المظالم، وإن كاتب مسلمًا ابتاعه، أو كان عنده، أو أسلم مكاتبه، يبعث الكتابة من مسلم، فإن عجز رق لمشتري الكتابة، أو أدى عتق، وولاء الذي كوتب وهو مسلم، للمسلمين دون مسلمي ولد سيده، ولا يرجع إليه ولاؤه إن أسلم؛ لأن يوم العقد لم يكن ممكنًا منه، وولاء من أسلم بعد الكتابة لمن

(١) في ط: يكتب.

يناسب سيده من المسلمين ولدًا أو عصبه، لاستيلائه يوم العقد، فإن تعذر فللمسلمين، فإن أسلم رجع إليه ولاؤه؛ لتسويته له عند العقد؛ لأنه كان على دينه. وإن أسلمت أم ولد الذمي، وقفت حتى يموت أو يسلم، فتحل له؛ لبقاء حق الوطء، ثم رجع إلى أنها تعتق، ولا شيء عليها من سعاية ولا غيرها؛ لبطلان الوطء بإسلامها، وولاؤها للمسلمين، إلا أن يسلم سيدها بعد عتقها عليه، فترجع إليه، وولاؤها له؛ لثبوته له يوم الاستيلاء.

فإن أولد أمته بعد أن أسلمت عتقت عليه، وولاؤها للمسلمين، ولا يرجع ولاؤها [له] ^(١) إن أسلم.

قال ابن يونس: قوله: «إلا أن يسلم»، يريد: فتلزمه كتابته وعتقه. وله في العتبية: إن أسلم وبان عنه حتى صار كحال الأحرار، فلا رجوع له فيه، وإن كان هو مختدمه على حاله فله الرجوع، فلم يعتبر الإسلام إلا بالبيونة، مع أن البيونة - عندنا - تمنع الرجوع وإن لم يسلم وإلا فرق بين الكتابة والعتق.

وظاهر المدونة: أن الإسلام كاف؛ لأنه حكم بين مسلم وكافر. قال سحنون: إن كاتبه بخمر فأسلم العبد بعد أداء نصفه، فعليه نصف قيمته، ونصفه عبدًا قنًا ونصف كتابة مثله في قوته على السعي، وكذلك إن أسلم السيد. قال ابن القاسم: إن أسلم سيد أم الولد بعد إسلامها وقبل أن تعتق، فهو أحق بها أم ولد له، وإن طال ما بين إسلامهما، ما لم يقض به الإمام.

وإن أولد أمته بعد أن أسلمت عتقت عليه، وولاؤها للمسلمين لا يرجع إليه. قال اللخمي: اختلف في الكتاب في فسخه للكتابة؛ بناء ^(٢) على أنه من التظالم أم لا.

قال: وأرى إن كاتبه على ما يقارب الخراج فهو عتق، وبابها الهبات فله الرجوع، أو على أكثر من الخراج بكثير فهو من باب البيع فيحكم عليه. وإذا أسلم المكاتب: قال القاضي إسماعيل: يباع عبدًا ^(٣)، [خلافاً للمدونة] ^(٤).

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: بنات.

(٣) في ط: عبد.

(٤) في ط: خلاف المدونة.

قال: وهو على ما تقدم إن كاتبه على أكثر من الخراج بالكثير، بيع مكاتبًا؛ لأنه لو لم يسلم منع من بيعه عبدًا غير مكاتب، أو على نحو الخراج، بيع مكاتبًا على نحو ما عقد له، إلا أن يرجع في الكتابة فيباع عبدًا.

السادس: في الكتاب: إذا كاتب المريض من قيمته أكثر من الثلث وامتنع الوارث من الإمضاء، عتق مبلغ الثلث، فإن أجاز الوارث الكتابة^(١) قبل الموت لزمه ذلك بعده، كما لو أسقط الشفعة بعد الشراء وقبل الأخذ، أو عفا عن القصاص بعد الجرح.

وإن قبض الكتابة في مرضه ولم يحاب ومات، جاز كيبة.
ومحابات^(٢) في البيع في ثلثه.

وتمتنع كتابة المديان من ناحية العتق، بخلاف المريض.
وقال غيره: الكتابة في المرض من ناحية العتق بمحابة أم لا، ويوقف بخدمة، فإن مات والثلث يحمله^(٣) جازت الكتابة، ولا يخير^(٤) الورثة في الإجازة أو بتل محمل الثلث فممنه بما في يديه من الكتابة.

وإن كاتبه في صحته وأقر في مرضه بقبض الكتابة، جاز، ولا يهتم إن ترك ولدًا، وإن ورث كلاله والثلث لا يحمله لم يصدق إلا بيينة، وإن حملة الثلث صدق؛ لأنه لو أعتقه جاز عتقه.

وقال غيره: إذا قسم بالميل^(٥)، والمحابة له، لم يجز إقراره حملة الثلث أم لا، ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث.

وإن كاتبه في مرضه، وأقر بقبض الكتابة في مرضه، وحمله الثلث عتق [ورثه ولد أو]^(٦) كلاله، وإن لم يحمله الثلث، خير ورثته في إمضاء كتابته أو عتق محمل الثلث.

(١) في ط: حاز الوارث الكبير.

(٢) في ط: محابة.

(٣) في ط: يحمل.

(٤) في ط: ولأخير.

(٥) في ط: أقسم فالميل.

(٦) في ط: ورثته ولدا و.

وقال غيره: توقف نجومه؛ لأن الكتابة في المرض عتاقة من الثلث، لا من ناحية البيع؛ لأن المؤدى من جنس الغلة.

وإن كاتبه في المرض بألف، وقيمه مائة، وأوصى بكتابه لرجل، وحمل الثلث رقبته جازت الكتابة والوصية، كالوصية بأن يخدم فلاناً سنة، ثم هو حر. وإن لم يحمله الثلث، ولم يجز الورثة عتق منه محمل الثلث، وبطلت الوصية بالكتابة؛ لتبديده العتق عليها.

قال في النكت: قال بعض شيوخنا: إذا كاتبه في المرض، وحابى، وقبض الكتابة جعل في الثلث قيمة الرقبة كلها، بخلاف محاباته في البيع، تجعل^(١) المحاباة خاصة؛ لأن الكتابة في المرض عتق.

وإذا حابى والثلث يحمله رقبته جاز، ولا يغرم في النجوم المقبوضة، ولا تضاف لمال الميت^(٢)، وإن لم يحمله الثلث ردت النجوم المقبوضة ليد العبد، وأعتق منه بماله محمل الثلث؛ لأن الثلث إذا حملة^(٣) أخذ المال الورثة، فلا يكتر مال الميت - به.

قال بعضهم فيما إذا كاتب في الصحة وأقر في المرض بقبض الكتابة، والثلث يحمله: إنما يصح إذا كان الثلث لم يؤمر فيه بشيء، وإلا فمراده: تنفيذ وصاياه، ويخرج العبد من رأس ماله، فهو كالقائل: أعتقت عبدي في صحتي، فلا يعتق. وقيل: سواء أوصى أم لا، يجوز إقراره إذا كانت وصاياه يقدم عليها هذا العبد. قال اللخمي: إن كانت كتابة المريض بمثل الخراج فهي من ناحية العتق؛ لأنه وإن لم يحابه لا يقدر على أكثر من ذلك، وله أخذ ذلك من غير كتابة، وأكثر من الخراج بالأمر البين، فهي مبايعة، وينظر هل فيها محاباة أم لا^(٤) على المجنون، أو لأنه أحد طرفي العقد، فلا يصح من الصبي كالطرف الآخر.

والجواب عن الأول: أن أدلة الكتابة خاصة، وآية البيع عامة؛ فيقدم الخاص. وعن الثاني: أن المسألة مبنية على إجبار العبد؛ فتكون المكاتب كالمعاقبة لا

(١) في ط: تعجل.

(٢) في ط: يضاف للمال الميتة.

(٣) في ط: حمل.

(٤) كذا في ط، ولعل هنا سقطاً.

تفتقر إلى تكرار الفعل من عاقبة اللص، وطارقة الفعل، مع أن تكرار الفعل أن يفعل كل واحد مثل فعل الآخر، وهذا منفي إجماعاً، وإلا لزم أن كل واحد منهما يوجب ويقبل ويستحق العوض^(١)، وهذا محال.

وعن الثالث: أن كتابة المجنون عندنا جائزة على كراهة؛ قاله ابن القصار؛ تخريجاً على رواية الجبر، وقد يتصدق عليه بالأداء.

وفى الجواهر: إذا فرعنا على قول أشهب في منع كتابة الصغير، فعنه: حده: عشر سنين؛ لأنه حد الضرب على الصلاة، والتفريق في القوة على العمل. ولم يكره (ش) كتابة الأمة غير المكتسبة.

لنا: ما روى عن عثمان -رضي الله عنه- أنه قال: لا تكلفوا الأمة الكسب؛ فإنها تكسب بفرجها، وروى مرفوعاً.

الثاني: في الكتاب: تمتنع كتابة بعض عبده، وإن أدى لم يعتق منه شيء، ككتابة شقصه؛ لأنه ذريعة إلى عدم استكمال العتق بالتقويم.

الثالث: في الجلاب: لا تكاتب أم الولد، وتفسخ إن أدركت قبل فوتها، فإن فاتت بالأداء عتقت، ولا ترجع على السيد بما أدت.

قال الأبهري، واللخمي: أصل مالك: جواز إجارتها برضاها، وإذا جاز ذلك جازت الكتابة برضاها، وأولى بالجواز؛ لمصلحة^(٢) العتق.

قال بعض الفقهاء: ينبغي إذا كاتبها في مرضه أن ترجع على تركته^(٣) إذا مات من ذلك المرض، ويكاتب المدبرة، وإن مات قبل الأداء عتقت في الثلث، وسقطت الكتابة، وإلا عتق ثلثها.

الركن الرابع: العبد المكاتب.

وفى الجواهر: له شرطان: قدرته على الأداء، واختلف في الصغير إذا لم يكن له مال.

ومكاتبه العبد كله إلا من نصفه حر، فتجوز مكاتبه بعضه؛ لحصول الاستقلال. أما الأول؛ فليحصل مقصود العقد.

(١) في ط: العرض.

(٢) في ط: بمصلحة.

(٣) في ط: يرجع على تركته.

وأما الثانى؛ فلأنه ذريعة لعتق^(١) البعض من غير تقويم.

وفى الركن أربعة فروع:

الأول: فى الكتاب: يجوز كتابة الصغير، ومن لا حرفة له، وإن كان يسأل. وقال غيره: يمتنع إلا أن يفوت بالأداء، أو يكون بيده ما يؤدى عنه، فيؤخذ من يده، ولا يترك له فيتلفه، ويرجع رقيقاً.

وكره كتابة الأمة لا صنعة بيدها، ولا لها عمل معروف.

قال ابن القصار: منع مالك كتابة الصغير. وعنه: إجازتها.

لنا: على اختلافه، هل يكون إسلامه إسلاماً أم لا؟ وعلى الروایتين فى إيجاب السيد عبده على الكتابة، فعلى الإيجاب تصح كتابة الصغير؛ لأنه لا يحتاج إلى قبوله، وعلى عدم الإيجاب لا يكاتب إلا بالغاً عاقلاً.

وقال (ح): يجبر المراهق، كإحدى الروایتين عن مالك فى أن إسلامه إسلام. ومنع الشافعى إلا من بالغ عاقل.

لنا: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣] وقوله ﷺ «الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى»، وقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُهُمْ﴾ [النور: ٣٣].

والقياس على التدبير والعتق إلى أجل، وعلى الشرط.

احتجوا على جواز بيعه بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ويجب الوفاء لعقد البيع لما ذكرتم من النصوص.

ولأن قوله: ﴿فَكَاتِبُهُمْ﴾ يقتضى المفاعلة من الجانبين كالمحاصة ونحوها، والصبى لا يصلح لذلك قياساً وسقط ثلثا الكتابة.

الرابع: فى الجواهر: فاسد الكتابة يساوى ما اجتمعت شروطه فى أنه يحصل العتق^(٢) بالأداء، ويفارقه فى أنه إذا أخذ ما علق به العتق رده إن كان مما لا يصح تملكه كالخمر، ورجع على العبد بالقيمة؛ لفساد العوض.

النظر الثانى: فى أحكام الكتابة: وهى مندوب إليها، وقاله الأئمة خلافاً

(١) فى ط: لعقد.

(٢) فى ط: العين.

لابن عباس وأهل الظاهر؛ لأنها سبب العتق، والعتق مندوب غير واجب، فوسيلته أولى بعدم الوجوب.

ولأنه عقد حظر لبيعه ماله بماله، وهذا جوابنا عن صرف الأمر في الآية إلى النذب عن الوجوب الذي تمسكوا به.

ويكره عند (ش) في العاجز عن الأداء؛ لعدم إفضاء العقد لمقصوده. ويستحب عند ابن حنبل؛ لأنه يحصل [العتق]^(١).

قال اللخمي: الكتابة أربعة: مندوبة، ومباحة من وجه، ومندوب إليها من وجه، ومكروهة، وممنوعة بحسب دينه وقوته على الأداء، والوجه الذي يؤدي منه، فكتابة الدين على مثال الخراج والسعي من وجه جائز مندوب، وعلى أكثر من الخراج بالشئ الكثير رخصة، ومباحة من جهة الحصر، ومندوبة لما فيها من العتق، ومكروهة في الشرير؛ لأنه يتسلط على^(٢) الناس بحريته، ومحرمة فيمن يسعى بالسرقة، ونحوها.

فرع: في الكتاب: الإيتاء مندوب، وهو أن يضع من أجر كتابته، وقد وضع ابن عمر - رضي الله عنه - خمسة آلاف من خمسة وثلاثين ألفاً، ووضع على بن أبي طالب - رضي الله عنه - : ربع الكتابة.

ووافقنا (ح) على النذب.

وقال (ش) بالوجوب.

لنا: أن الإيتاء من باب الإبراء من الديون، وهو غير واجب.

ولقوله ﷺ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ»^(٣).

وقياساً على إذا ما أعتق على مال، وسائر عقود المعاوضات.

ولأنه عقد يشترط فيه رضا المالك، وهو لم يرض بخروج العبد من ملكه بغير الكتابة.

ولأنه لا يجب عليه عند المخالف قبل قبض الكتابة فتقيس على ما قبل القبض.

احتجوا: بقوله تعالى ﴿وَأَنذَرْتَهُمْ﴾ [النور: ٣٣] والأمر للوجوب، ولأنه إجماع

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: عن.

(٣) تقدم.

الصحابة: أمر به جماعة منهم، وفعلوه من غير مخالفة.

والجواب عن الأول: أن مال الله - تعالى - ظاهر فيما يتقرب به إليه، والتصدق بالمال غير واجب، ولم يقل في الآية: أسقطوا من الكتابة، بل قال: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي مَاتَكُمْ﴾، وقد قال ﷺ: «لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ غَيْرَ الزَّكَاةِ»^(١). وعن الثاني: أنهم أجمعوا - مسلم، لكن على النذب، فلم قلت: إنهم أجمعوا على الوجوب؟

ولأنه عطف على الكتابة، وهى غير واجبة، والأصل فى العطف التسوية. ولأنه مجهول وغير مقدر بالعرف فلا يكون واجباً؛ لأن الأصل فى الواجب أن يقدر إما نصاً: كالزكاة، أو عرفاً: كالنفقات.

ويؤدى قولهم إلى خلاف قولهم، فإن الساقط مجهول، فالباقى من الكتابة على العبد مجهول، وهم لا يقولون به.

وعنده^(٢) المكاتب عبد ما بقى درهم، فإن كان درهم مما كاتبه عليه فقد ترك قوله، أو مما بعد الوضع فيتعين الإحاطة به حتى يعلم زمان العتق، وهو لا يحدده. وأيضاً: إذا لم يكن محدداً فأمكن أن يكون دانقاً من عشرة آلاف درهم، وحمل أمر الله تعالى على مثل هذا مع اعتقاد الوجوب بعيد جداً.

فرع: فى المقدمات: عن مالك: لك إجبار عبدك على الكتابة، وهو ظاهر المدونة؛ لأنه جعل لك أن تعتقه على مال تجعله عليه بعد العتق، فالكتابة أولى، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى كتاب المكاتب؛ لأنه جعل له أن يكاتبه على نفسه، وعلى عبد غائب، ولزم الغائب، وخالف قوله فى كتاب العتق فى قوله: إذا قلت: أنت حر، وعليك كذا: إن ذلك بخيرة العبد.

وقيل: ليس للسيد أن يجبر عبده؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ﴾ [النور: ٣٣] فجعلها منوطة بخيرتهم، ولأن السيد يتهم على إسقاط نفقته، وقاله (ش). وجوابه: أن للسيد أن يؤجره سنين ويجبره على ذلك بغير عتق، فأولى مع العتق.

(١) أخرجه ابن ماجه (١٧٨٩)، والترمذى (٦٥٩) و (٦٦٠) عن فاطمة بنت قيس، وقال: هذا حديث إسناده ليس بذلك، وأبو حمزة ميمون الأعور يَضَعُفُ، وروى بيان وإسماعيل بن سالم عن الشعبى هذا الحديث قوله وهذا أصح.

(٢) فى ط: عبد.

ولأن العتق حق لله -تعالى- فيجبر عليه .
 قال ابن يونس: عدم الإيجاب قاله أشهب، وابن القاسم .
 قال اللخمي: له جبره على مثل الخراج ونحوه، ولا يجبره في الزيادة الكثيرة؛
 لأنه ضرر به، ويذهب سعيه باطلا .
 فرع: في الكتاب: المكاتب كالرقيق في الميراث، والشهادة، والحدود، وغيرها
 حتى يؤدي أو يعجز، وقاله الأئمة .
 وقال ابن مسعود: إذا أدى قدر قيمته عتق، وضمن الباقي بعد عتقه .
 وعن علي - رضي الله عنه -: إذا أدى نصف ما عليه [عتق]^(١) وأتبع بالباقي .
 لنا: قوله ﷺ: «الْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ذِرْهَمٌ» .
 فرع: في الكتاب: ولد المكاتب من أمته، وولد المكاتبه بعد الكتابة بمنزلتها،
 يرق برقهما، ويعتق بعتهما، وإن شرط في الكتابة أو العتق الجنين، بطل الشرط
 دون العقد، كما لو شرط الوطء بعد العتق؛ لأن الولد كالجاء منها فيتبعها .
 فرع: في الكتاب يجوز كتابة جماعة كتابة واحدة .
 وعند (ش): قولان .
 ووافقنا (ح) .
 لنا: قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ الآية [النور: ٣٣] ، وهي عامة من غير تفصيل .
 ولأن البدل معلوم، والعقل بالتفصيل، كما لو باعهم في عقد واحد .
 احتجوا: بأنه لما كان العاقد^(٢) متعدداً، صارت في معنى الصفقات، والجهل
 بكل صفقة يوجب فسادها، كما لو باعهم لثلاثة من غير تفصيل، لكل واحد
 عقد^(٣)، فإن العقد^(٤) يفسد .
 ولأن ما يلزم كل واحد مجهول؛ فلا يدري بما كوتب .
 والجواب عن الأول: أن السيد واحد، وهو المعتق البائع مال نفسه بمال نفسه،
 ولذلك جبرهم على الكتابة على الصحيح .

(١) سقط في ط .

(٢) في ط: العامل .

(٣) في ط: عقل .

(٤) في ط: العقل .

ولأنه لو باع من ثلاثة دارًا واحدة^(١) بثمن واحد، فإنه يجوز، وإن كانت^(٢) صفقات.

ولو باع ثلاثة أعبد مستوية من ثلاثة: جاز عندنا، أو مختلفة وتراضوا بتسمية كل عبد منهم لكل واحد، فإنه يجوز؛ نقله ابن القصار، مع أن الفرق أن الكتابة يعتق فيها بالكتابة الفاسدة؛ فيعتق بالمجهول.

ولأن مقصود المبايع بالثمن^(٣)؛ ففسد بالجهالة، ومقصود الكتابة العتق؛ فلا يضر بالجهل، كالإنكاح والخلع.

والجواب عن الثاني: أنه يوزع بقدر القوة.

تفريع:

في الكتاب: يضمن كل واحد منهم عن بقيتهم، وإن لم يشترط ذلك بخلاف حمالة الديون؛ لأن المقصود في العقد العتق، فيبالغ في التوسل إليه، ولا يعتق أحد منهم إلا بأداء الجميع، وللسيد أخذهم بذلك، وأخذ الملىء بالجميع، ولا يوضع عنهم^(٤) شيء لموت أحدهم؛ لأنهم كالرجل الواحد، ويرجع المؤدى على المؤدى عنه بحصته، بعد قسمة الكتابة بقدر الأداء يوم الكتابة، لا على قيمة الرقاب، ولا يرجع على من يعتق عليه أن لو ملكه الحر؛ لأن الأصل لا يملكه، فكذلك بدله الذي هو العوض.

فإن أدى حالا رجع بحصصهم على النجوم؛ لأنهم إنما التزموا ذلك.

وإن زمن أحدهم^(٥) فأدى الصحيح: رجع عليه بحصته بما ينوبه يوم العقد.

ولك عتق الزمن قبل الأداء، وإن كره^(٦) الصحيح لأنه لا نفع له فيه، وتبقى جميع الكتابة على الصحيح، وإن أدى وعتق لم يرجع بشيء عليه؛ لأنه لم يعتق بالأداء [بل عتق]^(٧) تبرعًا منك.

(١) في ط: وأحدث.

(٢) في ط: كاتب.

(٣) في ط: الثمن.

(٤) في ط: منهم.

(٥) في ط: أحدهما.

(٦) في ط: فأنكره.

(٧) سقط في ط.

وليس لك عتق قوى على السعى، ويرد إن فعلت؛ لأن فيه تعجيزاً لهم، فإن أدوا عتقوا.

أو عجزوا ألزمت^(١) ما صنعت من العتق، كمن أخدم عبده أو أجره ثم أعتقه، فلم يجز ذلك المخدم^(٢) أو المؤاجر، فإذا تمت المدة عتق، وكمن رد غрмаؤه عتقه، ثم أيسر قبل بيعه فأدى الدين.

فإن أجازوا عتقك وهم أقوياء على السعاية، جاز، ويوضع عنهم حصّة المعتق^(٣)؛ لأنه موجب العقد، ويسعون فيما بقى.

فإن أجازوا على أن يسعى المعتق معهم امتنع العتق، وسعوا كلهم فى جميع الكتابة.

وإن دبرت أحدهم بعد الكتابة ثم عجزوا ألزمت^(٤) تدبيرك، ولو مت^(٥) قبل العجز، والثالث يحمله، وهو قوى على الأداء، حين مت، لم يعتق إلا برضا أصحابه، وإن كان زمناً عتق فى الثالث، ولا يوضع عن أصحابه شيء؛ لأن من لا قوة له من صغير، أو زمن، يجوز عتقه وإن كرهوا، ولا يوضع عنهم شيء فى الثالث.

قيل: إذا لم يجيزوا عتق^(٦) القوى وأدوا لم يرجع المعتق عليك بشيء؛ لأنك أخرته بوجه جائز، ولو كان يرجع عليك سقط على المكاتبين أولاً.

وقال بعض شيوخنا: إذا أعتقت زمناً لا حجة لهم بأنهم إذا أدوا رجعوا عليه، لأن نفقة الزمن^(٧) تلزمهم ورفعها^(٨) بالعتق أنفع لهم من اتباعه فإنه قد لا يتيسر له شيء. قال ابن يونس: قال محمد: ولك كتابة كل عبد بكتابة ويتحمل بعضهم ببعض، ولا تبيع^(٩) كل واحد منهم، ولا تنقض^(١٠) كتابته، ولا تعتقه بغير إذن صاحبه،

(١) فى ط: عجز فألزمت.

(٢) فى ط: للمخدم.

(٣) فى ط: للمعتق.

(٤) فى ط: عجز وألزمت.

(٥) فى ط: ولزمت.

(٦) فى ط: يجيز وأعتق.

(٧) فى ط: الدين.

(٨) فى ط: ورفعها.

(٩) فى ط: يتبع.

(١٠) فى ط: تنقضى.

ولإسقاط ضمانه.

قال أبو محمد: يعنى أن ذلك فى عقد واحد، ويلزم - على ما قال - أن يؤدى واحد قبل الآخر، ولا يعتق حتى يؤدى الآخر.

ويجوز أن يتحمل عبدك بمكاتبك بخلاف الأجنبى.

وقال عبد الملك: تقسم الكتابة بالحصّة على العدد لا بحسب القوة، كما قال ابن القاسم، وكذلك إن استحق أحد أربعة سقط الربع. وقال (ش): على قدر القيمة دون القوة والعدد.

لنا: أن وضع عقد الكتابة القدرة والكسب، وإن السادات يوصفون الخراج، والكتابة، والكسب، لا بكسب القيمة، وإذا كان هو المقصود دون غيره.

احتجوا: بأن الكتابة تجرى مجرى البيع، والأثمان تتبع القيم.

وجوابهم: أن مقصودها العتق لا البيع؛ لثبوت الولاء، ودخول الغرر، وبيع ماله بماله، والعتق فى فاسدها^(١) كصحيحها.

قال ابن يونس: وقوله: إذا أدى أحدهم الكتابة رجع بحصصهم على النجوم: يريد على ما يقع على كل واحد منهم [من مال]^(٢) الكتابة يوم العقد، ويجرى فيه الخلاف المتقدم.

وعن ابن القاسم: يرجع على قدر قوتهم.

وقال أشهب: على قيمتهم يوم كوتبوا.

وقال أصبغ: على قدر قيمتهم يوم عتقوا، وعنه يوم كوتبوا، وحالهم يوم عتقوا أن لو كانت حالهم يوم كوتبوا.

قال أشهب: إن كان فيهم صغير فبلغ السعى قبل أن يؤدوا، فعليه بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة على حاله.

قال محمد: على حاله يوم الحكم لو كان هذا يوم الكتابة، وقال على قدر طاقته يوم بلغ السعى أن لو كان بهذا الحال يوم الكتابة.

قال محمد: إذا أدى الكتابة وعتقوا، فإن كانت الكتابة قد حلت رجع بذلك

(١) فى ط: فسادها.

(٢) سقط فى ط.

حالا، ولأرجع به على النجوم، والحمالة باقية عليهم للسيد.
قال ابن القاسم: وإن فلس أحدهم [حاص بما أدى عنه غرماءه؛ لأنه سلف
أخرجه عنهم من ماله]^(١)، بخلاف السيد فى الكتابة والقطاعة.
قال محمد: وإنما يرجع عليهم إذا أدى جميع الكتابة وعتقوا وأما ما لا يعتقدون به
فلا يرجع بذلك عليهم إلا بعد العتاقة؛ لأن أخذه^(٢) قبلها يضعفهم.
قال اللخمي: قال مالك: إذا مات أحدهم لا يحط عنهم، والقياس: الحط عن
كل واحد ما ينوبه؛ لأن واحدًا اشترى نفسه بما ينوبه من تلك الكتابة، وإن استحق
أحدهم بحرية أو بملك سقط ما ينوبه عنهم؛ لأنه تبين أن السيد عقد على غير
ملك^(٣)، ولا تلزمهم الحاملة بملك الغير.
وإن غاب بعضهم أو عجز لم يسقط عن الباقي شيء، فإن عجز البعض وأدى الآخر
جميع الكتابة: قال مطرف: يرجع بقيمتهم يوم عتقوا، وقال أشهب: يوم كوتبوا.
قال: والقياس بما كانوا يؤدونه لو لم يعجز على صفة القبض الأول قبل العجز؛
لأنه الذى كانت الحاملة به.
وإن كان أحدهم صغيرًا ومضت الكتابة وهو غير قادر على السعى، لم يتبع
بشيء، فإن قوى بعد مضى بعض النجوم: قال أشهب: عليه بقدر ما يطيق يوم
وقعت الكتابة على حاله.
وقال محمد: يوم الحكم لو كان يوم الكتابة بالغًا.
وقال أصبغ: على قدر طاقته يوم بلغ السعى لو كان بحاله تلك يوم وقعت
الكتابة؛ لأنه يومئذ وقعت عليه حمالة الكتابة.
وإن ولد بعد الكتابة للمكاتب من أمته أو للمكاتبة^(٤)، ثم بلغ السعى قبل انقضاء
الكتابة، فلا سبيل لهم عليه فى السعاية، ولا فى المال الذى فى يديه، إذا كانت الأم
أو الأب فى كتابة، فإن احتاجوا سعى معهم أو أخذوا المال من يده.
وقيل: تفض الكتابة عليه وعليهم، كالموجود يوم العتق، وإن كان الصغير قادرًا

(١) فى ط: حاص بما أدى عنهم غرماءه؛ لأنه سلف أخرجه عنهم من ماله .

(٢) فى ط: أحدهم .

(٣) فى ط: مالك .

(٤) فى ط: المكاتبة .

على السعى يوم الكتابة فض عليه كما يفض على الكبير على قدر قوته .
 فللصغير ثلاثة أحوال: يعتق بعقدهم، ولا يتبع، ولا يسعى معهم .
 والثانية: أن يسعى معهم ويفض عليه .
 والحالة الثالثة: لا يسعى ولا يؤخذ ماله إلا أن يحتاج إليه .
 والزمن كالصغير في أحواله إن كان زمناً يوم العقد، واستمر^(١) لم يتبع .
 وإن شفيت^(٢) الزمانة قبل الأداء، وكانت يُرجى برؤها^(٣) حين العقد فعليه
 السعى، ويختلف فيما يحمل عليه كما تقدم في الصغير، وإن كان مما لا يرجى
 وصار ذا قوة ومال لم يكن عليه شيء إلا أن يحتاج إلى معونة وإلى ما في يديه،
 وعلى القوى الآخر بعض الباقي عليه وعليهم .
 وكذلك إن كان فيهم شيخ لا يقدر على السعى عتق بعقدهم، وإن وهب له مال
 بعد ذلك لم يتبع بشيء، وإن وهب له قبل أن يصير للعتق جرى على الخلاف إذا
 حدث الولد بعد الكتابة .
 ولا تجوز كتابتك لعبدین [لا شركة ساداتهما]^(٤) فيهما، فإن ترك هل يمضى
 ويفض عليهما وتسقط حمالة أحدهما عن الآخر أو يفسخ ما لم يؤد نجماً، [أو
 صدرًا من]^(٥) الكتابة على الخلاف في الشروط الفاسدة في الكتابة إذا استثنى ما
 يولد، أو شرط الوطاء .
 وإن كاتب عبدك فأعتقت أحدهما، ورضى الآخر، والمعتق أدناهما في
 السعاية، جاز، وسقط عن الثاني^(٦) نصيب المعتق .
 أو أقواهما، أو مساوٍ أجازه ابن القاسم إذا أمن العجز، ومنعه غيره؛ لأنه وسيلة
 للعجز، والعبد ممنوع من الرضا بالعجز .
 وإن [كانا]^(٧) قويًا وزمناً، فأعتقت القوى، فعلى القولين .

(١) في ط: واستم .

(٢) في ط: بقيت .

(٣) في ط: يوجدها بها .

(٤) كذا في ط .

(٥) في ط: أوصل رامن .

(٦) في ط: الباقي .

(٧) سقط في ط .

وإن كانا كبيراً وصغيراً، والصغير يبلغ السعى قبل انقضاء الكتابة لم يعتق إلا برضا صاحبه، ويحط لأجله.

وإن ولد بعد العقد وبلغ وصار له مال^(١)، لم يعتق إلا برضا من معه؛ لأن ماله قوة لهم إن احتيج إليه، ولا يحط لأجله شيء؛ لأنه لم يكن عليه عند العقد شيء. وإن أعتقت الأب قبل بلوغ الولد السعى رد عتقك؛ لأنه يرق الابن، إلا أن يكون عتقه بعد زمانة ونحوها فيرق الابن إذا لم يكن في يد الأب مال، أو كان له من المال ما لا يفي بالنجوم إلى^(٢) أن يبلغ الابن السعى، فإن كان له ما يفي بالنجوم أدبت عنه، وهل يقبضها السيد أو توقف؟ خلاف.

قال ابن يونس: إذا زمن أحد المكاتبين فأدى الآخر عنه وعن نفسه، فأعتقت الزمن قبل تمام الكتابة: قال أبو عمران: يرجع عليه لأنك أسقطت عنه باقى الكتابة، وما أداه كدين لزمه قبل العتق.

قال ابن حبيب: إذا أعتقت أحد المكاتبين ولم يجز الباكون، قيل: يجرى فيه القولان: فيمن أجر عبده ثم أعتقه، أنه إذا قال: أردت عتقه الآن، كانت بقية الإجارة للعبد، فكذلك المكاتب إذا قصد عتقه لوقت، فما أخذه منه يرده على العبد.

قال سحنون في عتق أحد المكاتبين: ينبغى أن ينظر إن [كان] إذنه للسيد أنفع لهم أم لا؟ والضعيف ينبغى أن يعتبر إذنه فيه بخلاف القوى.

وإن دبر^(٣) أحدهما، ثم مات السيد لم يعتق إلا برضاء الآخر، ويكون فى الثلث الأقل من قيمته، أو ما يقع عليه من بقية الكتابة.

وقيل: إن دبرت من لا سعاية فيه، جعل قيمة الرقبة دون الكتابة لعجزه عنها. وقيل: هما سواء؛ لأن الكتابة قائمة، ورفقاؤه يؤدون عنه، قال: وهو الصواب. وإن كاتب ثلاثة فأبق أحدهم وعجزهم السلطان، فقدم الأبق قوياً، والسلطان الذى عجزهم قائم: قال المغيرة: القادم باقى على كتابته، إن عتق، عتق^(٤) المكاتبون معه، ويرجع عليهم بما أدى، وقيل: إنما ذلك إذا لم يعلم الغائب، أو

(١) فى ط: أو صار له ما.

(٢) فى ط: إلا.

(٣) فى ط: دبرت.

(٤) فى ط: هو.

جهل وجه الحكم، فعجز أصحابه دونه، فوجب نقض الحكم، أما لو علم وتلوم له، ثم عجز الجميع - مضى الحكم عليه وعلى أصحابه.

قال محمد: وإذا زمن أحدهما فقلت له: إن عجزت فأنت حر، عتق الآن؛ لأنه يقع في توقيته^(١)، وكذلك الصبي.

فرع: في الكتاب: له تعجيل المؤجل عليه، ويلزمك أخذه كالدين، ويعجل عتقه؛ قضى به عمر وعثمان رضي الله عنهما.

وإذا عجل، وضعت عنه ما عليه من سفر أو خدمة؛ لأنه من آثار الرق فلتأباه الحرية^(٢).

[و]^(٣) في النكت: إنما يصح قوله إذا كانت الخدمة يسيرة، أما الكثيرة فإنها ليست تبقى، لأن الأقل مال، وهي المقصودة فلا تسقط.

فرع: في الكتاب: إن كاتبته^(٤) على نفسه وعلى عبد لك غائب، لزم الغائب؛ لأن هذا يؤدي عنه ويتبعه إن لم يكن يعتق عليه بالملك أن لو كان حراً، كمن أعتقه على أن عليه كذا، فيلزمه المال، وكالعبد يكاتب عن نفسه وعن أخ له صغير.

ووافقنا (ح)، ومنع (ش) انعقادها في الغائب دون الحاضر.

لنا: القياس على التدبير.

ولهم القياس على ما لو أفرد به العقد، ولا يبعد أنه يلتزم إفراده بناء^(٥) على إجباره على الكتابة.

وفي التنبيهات: إلزام الغائب - وإن كره - دليل إجبار العبد على الكتابة، وهو قول ابن القاسم، وفيه خلاف.

[و]^(٦) في النكت: إذا قدم الغائب فكره، لزمه، وأجره^(٧) المكاتب الآخر، ويعطيه من الأجرة مقدار نفقته، والزائد على نفقته: إن أديا الكتابة وبقيت منه بقية

(١) في ط: يقنع في توقيفه.

(٢) في ط: فليأباه الحديث.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: كاتبه.

(٥) في ط: بنات.

(٦) سقط في ط.

(٧) في ط. وأجره.

فهى للذى كره الكتابة، وإن بقى على الذى كره الكتابة درك، طالبه صاحبه بعد العتق بما يجب له عليه على قول مالك، وعلى قول ابن القاسم؛ لا يرجع عليه بشيء بعد العتق، وهو خلاف ما^(١) إذا أعتقت عبدك على أن عليه كذا: فابن القاسم يسقطه، ومالك يشبهه.

قال ابن يونس: قال محمد: إن كاتب الحاضرين كرها على كذا فى كل نجم فرضى أحدهما وكره الآخر، لزمه عند ابن القاسم، ويرجع عليه، كما لو كان غائباً، فإن الإيجاب على الكتابة إحسان، مع تحصيل مصلحة العتق؛ لأن لك أخذ المال بغير عتق.

فرع: فى الكتاب: يمتنع جمع عبديكما فى كتابة واحدة، وكل واحد حميل بما على صاحبه؛ للغرر: إذ لو هلك أحدهما أخذ سيد الهالك من مال الآخر باطلاً، وهو يشبه الوقف.

ويمتنع حمالة الأجنبى بالكتابة؛ إذ^(٢) ليست بدين ثابت، وإن مات العبد أو عجز لم يتنفع الحميل بما أدى.

فى النكت: إذا نزلت حمالة الأجنبى وفاتت بالعتق، رجع الحميل على المكاتب، وتحاصص غрмаؤه بما أدى عنه، ولا يرجع على السيد.

قال ابن يونس: ومعنى الرقى التى شبه بها: دار بينكما حبستماها على أنفسكما على أن من مات منكما فنصيبه حبس على الباقي، فيأخذه بالباطل.

قال سحنون: إذا نزلت الكتابة لزم؛ لأن الحمالة لا تبطل الكتابة.

وأما عبد بينكما، أو ثلاثة أعبد بين ثلاثة لكل واحد ثلث عبد، منعه أشهب؛ لأن كل عبد تحمل لغير سيده بحصة لغير سيده، وتنقض إلا أن تسقط الحمالة، فتكون كتابة كل واحد على حدة، وعلى كل واحد ما يلزمه.

قال ابن ميسر: إنما يقبض كل واحد عن ثلث الكتابة، فلم يقبض عن غير ماله شيئاً فيصح.

قال أشهب: وإذا كاتب عبدك لا تبع كتابة أحدهما، ولا تبع^(٣) نصفهما ولا

(١) فى ط: خلافهما.

(٢) فى ط: إذا.

(٣) فى ط: تتبع.

نصف أحدهما؛ لأن النصف المبيع يتحمل عمن لا يملكه سيده، ولك بيعهما من رجل لا من رجلين؛ لأن كل رجل يتحمل على من لا يملكه.
 وإن أسقطت الحماله امتنع، لأنه يضعفهم عن الأداء.
 وجوز محمد بيعهما من رجلين، ومن رجل نصف كتابتهما.
 ولو ورثهما رجال جاز لكل بيع^(١) نصيبه.
 وقد أجاز ابن القاسم وأشهب بيع المكاتب أو نجمًا بغير حينه.
 قال: وأكره لكل من اشتراها وللورثة قسمهما، يأخذ هذا مكاتبًا، وهذا مكاتبًا، ويجوز قسمة ما عليهما. ومنع ابن القاسم [قسمة]^(٢) ما على المكاتب إلا عند انقضاء كل نجم؛ لأنه ليس دينًا ثابتًا.
 وجوز محمد كتابة رجلين عبيدهما كتابة واحدة.
 فرع: في الكتاب: إذا غاب أحد المكاتبين و^(٣) عجز الحاضر، لم يعجزهما إلا السلطان بعد التلوم.
 وكذلك إن غاب المكاتب وحلت نجومه، فأشهد السيد أنه يعجزه، ثم قدم فهو على كتابته، ولا يعجزه إلا السلطان.
 وإذا كان المكاتب ذا مال ظاهر: فليس له تعجيل^(٤) نفسه، فإن لم يظهر له مال: فذلك له دون الإمام.
 وكذلك إن عجز نفسه قبل محل النجم بالأيام أو بالشهر. وإنما الذي لا يعجزه إلا السلطان: الذي يريد سيده تعجيله بعد محل ما عليه، وهو يأبى العجز، ويقول: أودى، إلا أنه يمتل. فإن عجز نفسه وهو يرى أنه لا مال عنده^(٥)، فظهر مال غائب أخفاه، أو طرأ له، فهو رقيق، ولا يرد ما رضى به.
 قال ابن يونس: قال ابن كنانة: إن عجز نفسه وهو يكره الكتابة وأشهد بذلك، رجع مملوكًا وإن كان له مال ظاهر.

(١) في ط: مبيع.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: أو.

(٤) في ط: تعجيل.

(٥) في ط: غيره.

وفيه ثلاثة أقوال :

لا يعجزه إلا السلطان على كل حال .

وله تعجيز نفسه على كل حال .

وله إن لم يكن له مال ظاهر ، وإلا فلا .

قال محمد : إنما له تعجيز نفسه ولا مال له إذا كان وحده ، وإن كان معه ولده فلا تعجيز له ، ويلزمه السعى ، وإن تبين لرده عوقب .

قال اللخمي : إذا دعا السيد إلى فسخ الكتابة فللمكاتب الامتناع من ذلك لحقه في العتق ، وإن رضى : فللسيد المنع لحقه في المال والولاء وثواب العتق ، فإن رضى^(١) : فهو موضع الخلاف .

قال محمد : إن كان مانعاً لا مال له [له]^(٢) تعجيز نفسه .

وقال سحنون : ليس له إلا عند الإمام ، فإن كانت مناعته قائمة وهو قادر على الوفاء منعه .

والرضا مطلقاً قياساً على البيع ، إذا رضى بالإقالة .

والمنع ؛ لما يتعلق بالعصبات البعيدة من حق الولاء ، وحق الله - تعالى - في العتق .

وعلى المنع إذا رضى ولم ينظر في ذلك حتى فات بيع أو عتق من المشتري ، فقل : البيع فوت ، كالبيع الفاسد .

وقيل : لا يفوت إلا بالعتق .

وقيل : ليس يفوت ، وينقض العتق كبيع المعتق ، والفوت بالعتق في الكتاب .

وقال (ح) : العقد لازم ، وليس له الرضا بتعجيز نفسه ، ويلزمه الحاكم بالأداء ، ولا يجبره على الكسب إذا لم يكن له غير اكتساب بغير مال ظاهر .

وقال (ش) : هو عقد جائز من قبل العبد ، فله الامتناع مع قدرته على المال والكسب .

لنا : القياس على البيع ، فإن المشتري يجبر على دفع الثمن ، وكما لو أعتقه على مال برضاه .

(١) في ط : رضى .

(٢) سقط في ط .

احتجوا بأنه شرط لا يلزم العبد لو لم يعلق عليه العتق، فلا يلزمه عند التعليق، كما لو كان الشرط دخوله الدار.

ولأنه مال لا يصح ضمانه، فلا يلزم، كالجعالة وغيرها من العقود الجائزة، عكسه ما يضمن يلزم كالبيع.

والجواب عن الأول: أن للسيد إجباره على دخول الدار ونحوه؛ تحصيلًا لمقاصد العتق.

وعن الثاني: أنا نمنعه، فإن ضمان المجهول - عندنا - يجوز في الجعالة^(١) وغيرها.

فرفع: في الكتاب: له تعجيل كتابته وأنت غائب لا وكيل لك، يدفعها للإمام، ويعتق كالدين.

وإن حال نجم وله عليك مثله قاصك^(٢) إلا أن تفلس فيحاص غرماءك إلا أن يقاصص^(٣) قبل قيامهم، ولا يأخذ غрмаؤه ما دفع لك إلا أن يكون من أموالهم فيأخذوه ويرق، وإن لم يعلم ذلك عتق.

فإن قاطعك على ما بقى عليه بعبد فظهر مسروقًا: رجعت عليه بقيمته كالنكاح؛ قاله مالك.

وقال ابن نافع: إن لم يكن له مال عاد مكاتبًا كالبيع يستحق ثمنه.

وقال أشهب: لا يرد عتقه إذا تمت حرите، ويتبع بذلك.

قال مالك: وإن قاطعك على وديعة فاعترف يرد عتقه.

قال ابن القاسم وغيره: إن غر سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك، رد عتقه، وإلا مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك دينًا.

وإن كان مديانا فليس له مقاطعة سيده، ويبقى لا شيء عليه، لأن الغرماء أحق من السيد، فإن فعل لم يجز.

قال ابن يونس: اختلف في قوله: «إن علم أنه من أموالهم»، هل يريد: أموالهم بعينها، أو دفع، وقد استغرق ما كان بيده؟ والذي أرى: إن دفع وهو مستغرق

(١) في ط: الجهالة.

(٢) في ط: قاصد.

(٣) في ط: يقاصد.

الذمة، فلهم رده؛ لأنه تولد عن أموالهم؛ ولذلك منع الحر من العتق والصدقة، وإذا استغرقت الدين فكذلك يمنع من عتق نفسه، وقد منعه من المقاطعة لحق الغرماء. وقيل: إذا لم يعلم ذلك من أموالهم أم لا؟ لم ينقض العتق، ولو اعترف بذلك السيد، فالقياس: نفوذ العتق، ويرجع الغرماء على السيد بما قبض؛ لإقراره أنهم أولى منه.

قال سحنون: فإن زعم أن كل ما كسبه المكاتب من عمل يده قبل عجزه، فإنه للغرماء؛ لأنه أحرزه عن سيده بما قاطعه. وفي الكتاب: إذا مات وترك مالا فغرماءه أحق به، ولا يحاصهم السيد بما قاطعه كما لا يحاص بالكتابة.

وإن عجز المكاتب وعليه دين بقى دين الناس في ذمته دون رقبته؛ لأنه لم يأذن فيه السيد.

وإن كاتبته وعليه دين كتبه يسيرًا، بدأ بقضائه قبل الكتابة، أو كثيرًا يؤخر نجومه: خيره في فسخ كتابته وتركها حتى يؤدي دينه، ثم يستقبل نجومه.

قال اللخمي: إذا استحق ما أخذه السيد من كتابة أو قطاعة، والمكاتب موسر - غرم مثل ما أخذ من السيد، له فيه شبهة أم لا، أو معسرًا ولا شبهة له فيه: أجبر [على]^(١) رد الكتابة إن رجي له مال، وإلا رق وسقطت، ولا يفعل الحق بالباطل، أو له فيه شبهة: اتبع في ذمته ولا يرد الكتابة؛ قاله ابن القاسم.

ومحمل ذلك على أن السيد أعتقه عند دفع ذلك إليه، وإلا رد عتقه ورق إن كان لا يرجي له مال، إلا أن يكون الاستحقاق بعد أن طال أمره وواره^(٢) الأحرار.

فرع: قال اللخمي: له إعطاء كتابته من خراجه من ربح تجارته وهباته، ونحو ذلك، فإن كان صانعًا يحتاج لرأس مال: فلا يقضى إلا من الفاضل بعد قضاء ما دأين عليه لتلك الصنعة.

وإن نقص رأس المال: لا يؤدي من الربح حتى يجيز الوضعية. وإن وهب هبة وقصد الواهب أن يوفى منها كتابته: جعلها للكتابة، وإن لم يقصد

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: ووراه.

الواهب شيئاً، خير بين الكتابة وغيرها.

فرع: في الكتاب: ليس له الزوج - وإن رآه نظراً - أو يسافر بغير إذنك فيبدل إبطال كتابته ففعل فذلك الإمام؛ لتعلق حق الله - تعالى - بالعق. قال ربيعة: ليس لك فسخ الكتابة في بعيد السفر إلا بالإمام؛ ليجتهد في كونه بعيداً أم لا.

وإن تزوج فرق بينهما وانتزع ما أعطاه منها. قال اللخمي: أما إن كان صانعاً أو تاجرًا قبل الكتابة فلك منعه؛ لأن مقصودك أن يوفيك من الذي جرت^(١) به عادته، فإن بارت الصناعة أو التجارة واحتاج للسفر: فلك منعه إلا أن يأتي بحميل بالأداء من الباقي من كتابته أو قيمته. وإن كان شأنه الكسب بالسفر قبل الكتابة: لم تمنعه، ولا يلزمه حميل. وإن أحب السفر إلى موضع يحل النجم قبل رجوعه: منع، وإن كان يعود^(٢) قبل ذلك وهو مبهم فتعدى [ويج]^(٣) هنالك منع.

فرع: في الكتاب: يتبعه ماله من رقيق، وعرض، وعين، ودين؛ لئلا يتعذر الوفاء بالكتابة، وليس لك^(٤) أخذه بعد الكتابة إلا أن تشتترطه^(٥) عند العقد فهو لك. ولا يتبعه ولد متقدم وإن كتبه؛ لأنه ملكك ولم يتناوله العقد، ولا حمل أمته، ولا أمة تبع له؛ لأنها مالك^(٦)، ولأنه إذا فلس أخذ ماله دون ولده، وكذلك البيع. وقال ابن يونس: والمكاتب إذا كوتبت حاملاً تبعها ولدها.

قال محمد: وإن كاتب عبده عليه وعلى أم ولده كتابة واحدة أو مفترقين جاز، ويحرم على المكاتب أمته؛ لأنها وولاءها للسيد، وإن مات المكاتب بيعت وحدها، لأنها في عقد الكتابة، وإن ترك وفاء عتقت فيه، واتبعها ولدها منه. وإن تزوجها المكاتب بعد أن كاتبها السيد، فلا يرجع عليها السيد، ولا الولد بما أدى عنها من مال زوجها الميت.

(١) في ط: حدث.

(٢) في ط: يسود.

(٣) كذا في ط.

(٤) في ط: له.

(٥) في ط: يشترطه.

(٦) في ط: ماله.

قال اللخمي: إن كان له مال فكتمه: قال مالك: [المال]^(١) للعبد، والأحسن: أن يكون للسيد، إن ظن أن السيد لو علم به لا ينزعه قبل الكتابة، ثم يكتبه، وإن علم أنه يتركه في يده ويزيد في كتابته، ويعلم بذلك قبل أن يؤدي الكتابة، فإن رضى العبد بتلك الزيادة، وإلا فسخت الكتابة إلا أن يرضى العبد بتسليم ذلك المال، وإن أشكل الأمر صدق العبد فيما يقوله من ذلك.

فرع: في الكتاب: إن أعانه قوم بمال يؤدي منه كتابته وفضلت فضلة - ردها عليهم بالحصص إن قصدوا فك رقبته لا الصدقة عليه، وإن عجز لم يرد عليه ما^(٢) قبضه منه قبل العجز من كسب أو صدقة عليه، فإن أعانوه لفك الرقبة فلم يفك بالكتابة: رجع كل بما أعطى إلا أن يحلل منه المكاتب فيكون له، وإن أعانوه صدقه^(٣) لا على الفكك فعجز: حل لك ذلك.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن أعانوه على الفكك وعجز فعرفهم رده عليهم، وإن لم يعرفهم جعله في مكاتبين، أو في رقاب؛ لأن مقصود الدافع قرينة العتق. قال سحنون: إن لم يعرفهم وقف المال بيده أبداً؛ لأنهم إنما قصدوا الإحسان إليه خاصة، وهذا المال كالوديعة، قيل: يعمل صاحبها ويتصدق بها.

فإن قالوا: أردنا فكك الرقبة، وقال السيد: بل الصدقة، حمل على عرف البلد، فإن كان معهم صدقوا مع أيماهم، قال اللخمي: إذا كان الحكم رد الفضلة وأخذ المال من رجلين ولم يدر لأيهما^(٤) هي - تحاصا من فكك الفضل، فإن عرفت من أى المالين هي: كانت لصاحبه أعطى أولاً أو آخرًا.

وإن أعطاه ذلك من زكاة ولم يوف: انتزع من السيد، إلا أن يكون فقيرًا، وإن فضلت في يد العبد: جاز له حبسها إن كان ممن يجوز له الزكاة.

وإن أخذ مالين وفي كل منهما كفاف، أمر أن يؤدي من الأول، ويرد الثاني: فإن أدى من الثاني: خير الأول بين أخذ ماله بعينه، أو يدفعه للثاني، ويبقى له الأجر^(٥).

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: مع.

(٣) في ط: صدقته.

(٤) في ط: أيهما.

(٥) في ط: الآخر.

فرع: في الكتاب: إن أعتقت نصف مكاتبك في صحتك في غير وصية، فهو وضع مال، فيوضع عنه نصف كل نجم، ولا يعتق عليك إن عجز، أو وضعت حصتك من المشتري أو أعتقتها: وضع لك من كل نجم، فإن عجز: رق لكما، وإن مات مكاتبًا: أخذ المتمسك - مما ترك - ما بقى له، وما بقى^(١) بينكما، ولو كان عتقًا لكان للمتمسك خاصة، ويقوم على المعتق ما بقى من الكتابة، ولكان من ترك مكاتبًا وورثه بنون وبنات فأعتق البنات حصتهن، أن لهن ولاء نصيبهن، وهن لا يرثن من ولاء المكاتب شيئًا، وإن أعتقن نصيبهن، وإنما يرث ولاءه ذكور ولد السيد^(٢) أو عصبته من الرجال.

ولو كان لك مكاتب فأعتقت نصفه: لم يعتق عليك النصف الباقي إلا بأداء بقية الكتابة.

وإن أعتق المريض بعض مكاتبه: وضع حصة ذلك من كتابته، وإن عجز: عتق ذلك الشقص من^(٣) ثلثه؛ لأنه وصية للعبد.

قال ابن يونس: قال محمد: إن قلت لعبد: إن كلمت فلانًا فنصفك حر، فكاتبته، ثم كلمت فلانًا: وضعت عنه نصف ما بقى من الكتابة يوم الكتابة، وإن عجز: رق كله، ولا يلزمك حنث، كمن أعتق نصف مكاتبه. وكذلك حنث أحد الشريكين بعد أن كاتباه.

وإن حلفت بحرية جميعه، ثم كاتبته مع آخر، ثم حنثت^(٤): عتق إن عجز، ولا يعجل عتقه حتى يعجز، وهو كمن أعتق أحد مكاتبه.

فإن أعتقت عضوًا من مكاتبك عتق جميعه، لأنك قاصد للعتق -ههنا- لا وضع الكتابة، بخلاف^(٥) عتق الحر.

قال ابن سحنون: إن قلت: اخدم فلانًا وأنت حر، فوضع عنه المخدم نصف الخدمة، فإن أراد أنه ترك له خدمة نصف سنة، فهو كذلك، أو تملك سيده، وإن شركه فيها عتق المكاتب كله، كمن وهب لعبد نصف خدمته، لأن الخدمة

(١) في ط: ترك.

(٢) في ط: ذكورًا ولد للسيد.

(٣) في ط: منه.

(٤) في ط: حنث.

(٥) في ط: لخلاف.

كالرقبة^(١)، فكأنه وهبه نصف رقبته.

ومن علق العتق على الخدمة فعجل العتق، عتق، وسقطت الخدمة. والمكاتب إنما يملك فيه مالاً يعتق نصفه: وضع مال فقط.

قال ابن القاسم: إن وضعت نجماً بغير عينه، وهى عند الموت ثلاثة، وضع عنه من كل نجم ثلثه، فإن أدى عتق، وإن عجز عتق ثلثه.

وإن أوصيت بالنجم الأول اعتبرت قيمته لو بيع قرب محله، فإن كانت عشرة وقيمة بقية النجوم على محل آجالها عشرة، فالوصية بالنصف من رقبته، فيجعل فى الثلث الأقل من نصف قيمة رقبته، أو قيمة ذلك النجم فأى ذلك حملة الثلث عتق نصفه، ووضع عنه ذلك النجم بعينه، وكذلك يعمل فى النجم الآخر والأوسط، فإن لم يدع غير مكاتب خير الورثة بين وضع ذلك النجم وعتق نصفه، أو يعتقوا ثلثه، ويوضع عنه من كل نجم ثلثه.

قال اللخمي: إن قلت: إن مت فنصف مكاتبى حر عن ذلك النصف من ثلثه، فإن عجز عن الأداء فى النصف الباقي كان نصفه عتيقاً.

فرع: فى الكتاب: يمتنع وطؤها، فإن فعلت درئ الحد بالشبهة، أكرهتها أم لا، وتعاقب، إلا أن تعذر بالجهل، ولا صداق لها، ولا ما نقصها إن طاعته، وإن أكرهها فما نقصها، وعلى الأجنبى أرشها بكل حال؛ إذ قد تعجز، فترجع معيبة لسيدها. وهى بعد وطء سيدها على كتابتها، فإن حملت خيرت بين أن تكون أم ولد، أو^(٢) تمضى على كتابتها.

وإن جنى على جنينها ففيه ما فى جنين الحرة موروث على فرائض الله - تعالى - لأنه من السيد كجنين أم الولد.

قال ابن يونس: قال سحنون: إنما ينقصها إذا كانت بكرًا، ولها - إذا حملت - أن تعجز نفسها، وترجع أم ولد، ولها مال كثير وقوة على السعى. قال مالك: وإن اختارت الكتابة فنفتها على سيدها فى الحمل ما دامت حاملاً كالمبتوتة، فإنه ينفق على ولده.

وقال أصبغ: نفقتها على نفسها؛ لاختيارها الكتابة، والمكاتب نفقتها عليها حتى

(١) فى ط: كالرقب.

(٢) فى ط: ر.

تعجز.

فرع: في الكتاب: إذا ولدت بنتًا، وابنتها بنتًا أخرى، فزمنت البنت العليا، فأعتقها، جاز، وبيعت الأم مع السفلى، وبيعت السفلى. ولو ولدت السفلى فولدها حر، ولا يخرج من الكتابة وتسعى هي معهم، إلا أن ترضى هي وهم بإسلامها إلى السيد، ويحط عنهم حصتها، وتصير - حيثئذ - أم ولد لك.

قال سحنون: إن كان معها في الكتابة من يجوز رضاه.

قال ابن يونس: وإن كان في [قومها من] ^(١) يرجى نجاتهم بها، ويخاف عليهم - إذا رضوا بإجارتها - العجز، امتنع، إذ ليس لهم أن يرقوا أنفسهم.

وقال بعض الرواة: يمتنع، وإن رضوا ورضيت، وإن كانت قوتهم مثل قوتها؛ لأن حالهم قد يتغير، ويبقى معهم إن عتقوا عتقه، وإن عجزوا كانت أم ولد، ويعرف ما يخصها من الكتابة، بأن يعرف كم يلزمها حين بلغت السعى أن لو كانت هكذا يوم عقد الكتابة، فيحط عنهم قدر ذلك على القول بجواز ذلك.

قال محمد: وإذا كاتب المكاتب أمته بإذن السيد، ثم وطئها المكاتب فحملت، فلا خيار لها في التعجيز، وإن أدت عتقت وولدها، وإن أدى المكاتب قبلها عتق مع ولدها، وسعت فيما بقي عليها إن شاءت، أو عجزت نفسها وبقيت أم ولد.

وإن مات في كتابته قبل خروجها، وترك وفاء كتابته، عتقت مع ولدها، وإن بلغ الولد قبل عتقها سعى مع أقربهما ^(٢) عتقًا وعتق.

وإن كان معه ما يؤدي عن أبويه أخذ من ماله ما يؤدي عنهما وعتقوا.

وإن ماتت هي أولًا وتركت مالا أخذ المكاتب من مالها ما بقي عليه، وعتق هو وولدها، وورث الولد ما بقي من مالها.

فإن لم يكن فيه وفاء، فللولد أخذه، والسعاية فيه، وإن لم تدع شيئًا فإن أدى عتق. فإن كان سيد المكاتب هو الذي وطئ هذه المكاتب فحملت، قال ابن القاسم: لها الخيار في تعجيز نفسها، وتكون أم ولد للسيد الواطئ، ويغرم قيمتها للمكاتب، ولا شيء عليه في الولد، [و] ^(٣) ليس للسيد أن يحسب بالقيمة المكاتب في كتابتها إلا

(١) في ط: قوتها ممن.

(٢) في ط: قريبها.

(٣) سقط في ط.

أن يشاء المكاتب، وإن اختار البقاء على الكتابة غرم قيمتها يوم وطئها، قيمة أمة توقف خيفة أن يعدم الواطئ عند العجز، وولده حر مكانه، وإن أدت عتقت، وأخذ الواطئ القيمة، أو عجزت فالقيمة لسيدها المكاتب وهي أم ولد السيد الواطئ، وإن ماتت قبل الأداء فالقيمة لسيدها المكاتب.

وعنه: إن ماتت قبل الأداء أخذ من القيمة الموقوفة قيمة الولد، فدفعت للمكاتب، ورجع باقيها للواطئ.

وإن اشترت أمة فأولادتها فاستحقت لأنها مكاتب، غرمت قيمة الولد، ويأخذه السيد، ويحسب لأتمته من آخر كتابتها، لأن هذه ترجع لرق الكتابة، ولا تكون أم ولد للواطئ^(١)، فولدها بمنزلتها؛ فلذلك غرم الأب قيمته، ولولا السنة التي جرت بحريته لكان مكاتبًا مع أمه، وإنما فداه أبوه عن الكتابة؛ لأنه لو تأخر الحكم عن الأب حتى أدت الأم الكتابة وعتقت، لم يكن عليك قيمة.

ومن وطئ مكاتبته ابنه: قال ابن القاسم: إن حملت خيرت بين أم الولد والكتابة، فإن ولدت عتقت، أو عجزت قومت عليه.

وقال سحنون: ليس له نقل الولاء إلا بعجز، وإذا عجزت خير الابن في تقويمها على أبيه، والمعروف لأصحابنا: لا بد أن يقومها عليه، لأنها أم ولد له. قال ابن القاسم: إن اختارت البقاء على الكتابة، وقفت القيمة، أو عجزت، أخذها الابن وصارت أم ولد.

وإن جنى عليها قبل عجزها ما يفى^(٢) عقله بعثتها، عتقت ورجعت القيمة إلى الواطئ، وإلا بيعت فيما بقى عليها، فإن أدت عتقت، أو عجزت حوصص واطؤها بما أخذ سيدها من ثمن خدمتها فيما عليه من القيمة، وإن أصابها ذلك بأمر سماوى، ثم عجز أخذ الابن القيمة بالإحصاص.

فروع: في الكتاب: لا يباع المكاتب وإن رضى لثبوت الولاء لعاقده الكتابة، ويرد البيع، إلا أن يعتقه المشتري فيمضى ولاؤه له إن كان العبد راضيًا كأنه رضى بالعجز. وكان مالك يقول: إن بيع المدبر فأعتقه المبتاع رد بيعه.

ثم قال: لا يرد، لأن المقصود هر العتق.

(١) في ط: الواطئ.

(٢) في ط: يقي.

وقال غيره: عقد الكتابة قوى فيرد وينقض العتق.

وقال أشهب: هذا إذا لم يعلم المكاتب بالبيع.

وافقنا في منع بيع المكاتب (ح) و (ش) في أحد قولي.

لنا: نهيه ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته^(١).

فرع: في الكتاب: إن كاتب المكاتب عبدًا له فبيعت كتابة الأعلى تبعه مكاتبه؛ لأنه ماله وأدى الأسفل للأعلى، فإن عجز الأسفل رد للأعلى، وإن عجز الأعلى رقبًا معًا للمشتري، وإن عجز الأعلى وحده أدى الأسفل للمبتاع وعتق، وولاؤه للبائع، وإن لم يبع الكتابة وعجز الأعلى وأدى الأسفل للسيد الأعلى فولأؤه له، وإن عتق الأعلى بعد عجزه لم يرجع إليه ولا الأسفل، ولا شيء مما أدى للسيد؛ لأنه بالعجز رجع رقيقًا، وماله وما على مكاتبه للسيد، وكتابة المكاتب عبده؛ لابتغاء الفضل جائزة، وإلا امتنعت؛ لأنه من باب العتق.

وكذلك قوله لعبده: إن جئتني بكذا فأنت حر، إلا أنه يتلوم للعبد في هذا. ويجوز بيع كتابة المكاتب إن كانت عينًا بعرض نقدًا، أو عرضًا بعرض مخالفٍ له، أو بغير نقد، وما تأخر كان دينًا بدين، ويتبعه في بيعها ماله. قال ابن المسيب: المكاتب أحق بكتابته إذا بيعت بالثمن.

ومنع (ش) و (ح) بيع الكتابة.

لنا: قوله -تعالى-: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

ولأنها ملك للسيد، ويبع المملوك جائز.

احتجوا بنهيه ﷺ عن بيع [الكتابة]^(٢).

ولأن المشتري لا يدرى أيحصل له النجوم أو الرقبة؟ فهو كما لو باعه ثوبًا، فإن لم يجده أخذ عبده، وهو باطل إجماعًا، لأن سعائته للمشتري لا يدرى أيأخذ نجومًا، أو بعضها، أو رقبة؟

ولأنه قد يموت قبل النجوم، فيذهب الثمن باطلا.

والجواب عن الأول: أنه مخصوص بما في مسلم: أن عائشة -رضي الله عنها-

(١) أخرجه البخاري (١٦٧/٥) في العتق: باب بيع الولاء وهبته (٢٥٣٥)، ومسلم (١١٤٥/٢) في العتق: باب النهي عن بيع الولاء وهبته (١٥٠٦/١٦)، ومالك في الموطأ (٧٨٢/٢) في العتق: باب مصير الولاء لمن أعتق (٢٠).

(٢) سقط في ط.

جاءتها بريرة تستعينها^(١) في كتابتها ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً، فقالت عائشة - رضى الله عنها - : ارجعى إلى أهلِكَ، فإن أحبوا أن أقضى عنك كتابتك، ويكون ولاؤك لى، فعلت [فذكرت ذلك لأهلها. فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم. فأتتني]^(٢)، فذكرت ذلك فانتهرتها فقالت^(٣) لاها الله، فسمع رسول الله ﷺ فسألنى فأخبرته، فقال: «اشترِها وأعطيها واشترطى لهم الولاء»، فإنما الولاء لمن أعتق، ثم قام رسول الله ﷺ فقال: ما بال الناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله عز وجل، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له، وإن شرط مائة مرة، شرط الله أحق وأوثق^(٤). فوائد: قال صاحب المفهم: ظاهر الحديث: فسخ الكتابة وبيع المكاتب، وقاله بعض العلماء شاذاً، وتأوله الجمهور. فإن الكتابة لم تكن انعقدت، ومعنى: كاتب أهلى، أى راودتهم على الكتابة فى أجلها ومبلغها. والظاهر: خلافه. وقيل: بيع الكتابة، وهو فاسد، لأن من^(٥) أجاز بيع الكتابة لم يجعل^(٦) الولاء للمشتري.

وقيل: عجزت، فانفقت هى وأهلها على فسخ الكتابة.

وإنما يصح إذا قلنا: إن التعجيز غير مفتقر الى حكم حاكم، وهو المعروف من المذهب خلافاً لسحنون؛ لأن الحق لا يعدوهما^(٧)، أو يلاحظ أن فيها حقاً لله، وأنهما يتهمان عليه.

ويدل على العجز قولها: «ولم تقض من كتابتها شيئاً» فى بعض الطرق، وقضاء الحق إنما يكون بعد استحقاقه، وجاءت تستعينها، وذلك عجز ظاهر. وقولها: «لاها الله» بمدّها: يحتمل أنه من قول بريرة: أى: لا أستسفهك، أو من قول عائشة، أى: لا: أشرط لهم الولاء.

(١) فى ط: تستعينها.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى ط: وقلت.

(٤) أخرجه البخارى (٣٧٦/٤) فى البيوع: باب إذا اشترط شروطاً فى البيع لا تحل (٢١٦٨)، وفى (٢٢٥/٥) فى كتاب المكاتب: باب استعانة المكاتب وسؤاله الناس (٢٥٦٣)، ومسلم (١١٤١-١١٤٣) فى العتق: باب الولاء لمن أعتق (١٥٠٤/٦).

(٥) فى ط: لأمن.

(٦) فى ط: يحصل.

(٧) فى: الحى لا يعدرهما.

وقوله: «واشترطى لهم الولاء»، لم يروها أكثر الرواة، وهى مشكلة من جهة أمره ﷺ باشتراط ما لا يجوز، وإدخالهم فى الغرر وبالخديعة، وذلك كله محال على النبى ﷺ، وأجيب بأن: «لهم»، بمعنى: «عليهم»، كقوله -تعالى-: ﴿وَلَنْ أَسْأَلَهُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]، أى: عليها، وقوله -تعالى-: ﴿أُولَئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ﴾ [الرعد: ٢٥]، أى: عليهم.

أو: معنى الأمر: الإباحة والتنبيه على عدم النفع، أى: اشترطى أو لا تشتري فإنه لا ينفعهم.

أو: إن عدم نفع ذلك كان مشتهراً فلا غرر، وأطلق الأمر، أى: هم يعرفون أن ذلك لا ينفع، لقوله -تعالى-: ﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ﴾ [التوبة: ١٠٥] ويريد: أنه ﷺ بدأ بالإنكار، ولو كان الحكم مجهولاً لبدأ بالتعليم.

وقيل: اشترطى لهم، أى: أظهرى لهم حكم الولاء، والاشتراط: الإظهار لغة أيضاً، قال أوس بن حجر:

فأظهر فيها نفسه وهو معلم وألقى بأسباب له وتوكل^(١)
أى: أظهر نفسه لما أراد أن يفعل.

ويقرب منه قوله -تعالى-: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ [محمد: ١٨]، أى: علاماتها التى تعلم بقربها؛ وهذا للخطابى، والثلاثة الأولى للمالكية، فهذه أربعة تأويلات. وقوله: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ»، أى: ليس فيه [إجمالاً ولا تفصيلاً]^(٢). وعن الثانى: أن المبيع فى الحال إنما هو الكتابة، كبيع الديون والرقبة - أمر تودى إليه الأحكام، كمن أسلم فى موصوف، فيتعذر عند الأجل فيأخذ الثمن، وهو جائز إجمالاً.

ولمالك: توقع الاستحقاق والرد بالعيب يرد فيه الثمن، ويفارق بيع أحد عبيدين مختلفين، لأن المبيع ليس معيناً، وههنا معين.

وعن الثالث: أنه فى السلم لا يدرى يأخذ بعض المسلم فيه، أو كله، أو الثمن؟ تفرع: قال ابن يونس: قال مالك: المكاتب أحق بكتابته إذا بيعت لأنه أخف للغرر وأعذر من الأجنبى، إن بيعت كلها حتى يعتق، وليس أحق ببيع بعضها؛ لعدم

(١) ينظر ديوانه ص ٨٧، واللسان (شرط، عصم)، وجمهرة اللغة ص (٧٢٦)، ويرى صدره هكذا: فأشترط فيها نفسه وهو معصم.

(٢) فى ط: إجمالاً ولا تفصيل.

العتق فى الكل، بل فى البعض.
 قال مالك: ويرثه المشتري إذا مات كاسترقاقه، وكذلك فى الهبة، والصدقة، وإن كان المتروك أكثر من الكتابة.
 وإن وهبت كتابته فعجز، قال ابن القاسم: يرق للموهوب^(١) له كالبيع.
 وعنه: يرجع للواهب؛ لأن الهبة لم تتناول الرقبة.
 والفرق: أن الثمن بدل يرجع فى مبدله عند التعذر، والهبة لا بدل فيها.
 وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: إذا اشترى الكتابة وظهر فيها عيب وأدى، فلا رجوع للمشتري؛ لأنه قد حصل له ما اشترى، أو عجز: رق له، وله رده بالعيب، ويرد جميع ما أخذ من الكتابة، ولا يكون ذلك كالغلة؛ لأنه لو اقتضى تسعة أعشار الكتابة، ثم عجز فرد بالعيب: يكون له ما اقتضى؛ لأن الكتابة هى نفس المشتري، لا الغلة المشتري. وقيل: لا يرد كالغلة.
 وقيل: له رده. وإن لم يعجز: فحجته أنه بالعجز رق، ولا يرد ما قبض، ولأن الأمر كان فيه مترقبًا: هل تحصل الرقبة بالعجز أو الكتابة؟ فإذا عجز كأنه إنما اشترى رقبة، فالكتابة علة.
 ولا يبيع أحد الشريكين حصته وإن أذن له شريكه، إلا أن يبيعاها جميعًا، ولا يشتري المكاتب نصيب أحدهما؛ لأن بيع أحدهما كالقطاعة.
 وجوز أشهب بيع نصف الكتابة أو خدمته، أو يجوز بغير عيب؛ لأنه يرجع إلى خدمته.

قال اللخمي: منع عبد العزيز بيع الكتابة مطلقًا.
 قال: وهو أقيس؛ للغرر. وجوزه سحنون عند الضرورة كالفلس دون الاختيار.
 وأجاز عبد الملك بيع أحد الشريكين حصته.
 ولا يباع^(٢) نجم بعينه، لأنه^(٣) غرر إن عجز بعد أن اقتضى ذلك النجم أخذ ما ينوبه من الرقبة، فكان المبيع النجم أو الرقبة، ولا يأخذ المكاتب بيع بعض كتابته إلا بإذن سيده، لأن ذلك يضعف ما فى يديه، ولأنه يؤدي إلى أن يعطى منه عن جميعه.

(١) فى ط: الموهوب.

(٢) فى ط: بيع.

(٣) فى ط: لا.

وإن باع أحد الشريكين لم يكن أحق بنصيب الشريك إلا بإذن الشريك الذى لم يبع؛ لأن للذى لم يبع حقاً فى المال الذى يدفعه للبائع، فإن أذن وعجز عن أداء الباقي منه عتق الجزء المشتري، بخلاف وضع السيد. وفى المنتقى: إنما امتنع بيع الجزء؛ لأنه يؤدى أدائين مختلفين: للسيد بالكتابة، وللمشتري بالابتياح.

كما لا يجوز كتابة بعضه؛ لأنه يؤدى عن أحد النصفين بالخراج، وعن الآخر بالكتابة.

وتشترط المخالفة فى الثمن والكتابة إذا بيعت من أجنبى، بخلاف المكاتب، لأنه له نقله من^(١) ذهب إلى ورق، ومن عرض إلى جنسه، لأنه ليس معاوضة، بل ترك ما عليه ووضع غيره.

وإذا أدى للمشتري فولاؤه لعاقده الكتابة.

وقال (ش) وابن حنبل: للمشتري.

لنا: أن الولاء لمن أعتق، والمعتق عاقد الكتابة^(٢)، ولا ينتقض ذلك إلا بالعجز، والبيع إنما تعلق بما عليه دون الولاء.

وأخذ^(٣) العبد بيع الكتابة من المشتري ليس من باب الشفعة، بل من باب تقديم العتق على الملك، لأنه إذا اشترى نفسه عتق، والمشتري ربما أفضى أمره إلى الاسترقاق. فرع: فى الكتاب: إذا كاتبته وعليك دين، وعليه جناية، فقيم عليه بذلك الآن، فقال: أودى عقل الجناية والدين، وثبت^(٤) الكتابة - فذلك له.

وإن كاتب أمته وعليه دين يغترقها فولدت فى كتابتها، فللغرماء رد ذلك، ويردها الدين وولدها إلا أن تكون فى ثمن الكتابة إن بيعت بنقد مثل الدين، فلا تفسخ الكتابة، وتباع الكتابة.

وإن فلس بدين حدث بعد الكتابة، لم يكن للغرماء غير بيع الكتابة، لتأخر الدين عن سبب العتق.

(١) فى ط: عن.

(٢) فى ط: للكتابة.

(٣) فى ط: واحد.

(٤) فى ط: ثبت.

فرع: فى الكتاب: إن أسلم أحد مكاتبى الذمى فى كتابة واحدة، بيعت كتابتهما جميعًا، ولا يفرقا كعقد الحماله، رضىا أم كرها.

وكذلك إن أسلم ولد مكاتبه والمكاتب نصرانى، بيعت كتابتهما.

فرع: قال: إذا غنمتما مكاتبًا لمسلم أو ذمى إليه أو اسدثك الله إن عرف سيده غاب أو حضر، ولا يقسم توفيةً بعقد الكتابة، وإن لم يعرف بيعت كتابته فى المغنم، ويؤدى لمن صار إليه فيعتق، وولاؤه للمسلمين، فإن عجز رق لمن صار إليه كالبيع. فى النكت: إن أتى سيده المجهول وقد قبض المشتري بعض الكتابة، فأحب افتكاكه قاصًّا المشتري فيما قبض، ولا يبدأ فى هذا الموضع المكاتب بالتخير، فيقال: أد ولا عجزت؛ لأنه لم يقسم على أنه عبد، وإنما بيعت الكتابة، ويخير إن قسم على أنه عبد، ثم علم أنه مكاتب، وامتنع سيده فيقال له: أدا ما اشتراك به المشتري، وإلا عجزت، فإن عجز خير سيده بين إسلامه رقيقًا، وافتكاكه كما إذا جنى.

فرع: فى الكتاب: إذا تنازعتما فى حلول نجم، صدق المكاتب كمن أكرى داره سنة، أو باع بدنانير إلى أجل بسنة فادعى حلولها صدق المكاترى والمشتري.

وإن قال: خمسون فى عشرة أنجم، وقلت: فى خمسة، صدق، ويصدق عند تكافؤ البينتين، لأنه المطلوب، وإلا قضى بأعدلهما؛ قاله أشهب.

وقال غيره: يقضى بينة السيد؛ لأنها زادت؛ لأنه لو قال: الكتابة ألف، وقال المكاتب: تسعمائة، صدق المكاتب، ويقضى بينة السيد؛ لأنها زادت.

وإن قلت: مائة، وقال: ثمانين صدق إن أشبه قوله؛ لأن الكتابة فوت، كمن اشترى عبدًا فكاتبه ثم اختلفا فى الثمن، صدق المشتري.

ثم رجع إلى أنهما يتحالفان ويترادان إن لم تفت السلعة بحوالة سوق فاعلاً. وإن بعث بكتابته، فأنكرت قبضها ولم يقم المرسل بينة، فالدافع ضامن، كمن بعث بدين أو خلع.

وفى النكت: الفرق بين اختلافهما فى عدد النجوم، واختلافهما فى عدد الكتابة وتكافأت البيتان؛ لأن بينة السيد زادت فى اختلافهما فى النجوم فشهدت له بنفع قلة النجوم، ونفعت بينة العبد بالتأخير، فيقابل [النفع]^(١) النفع، فلا مزية، وبه يظهر

(١) سقط فى ط.

الفرق بين ما قاله ^(١) ههنا وبين ما استشهد به الغير.

قال اللخمي: اختلافهما يقع في ستة مواضع: القدر، والجنس، والحلول، والقطاعة هل كانت على أحد الوجوه السابقة، أو أنه لا يكون حرًا إلا بأداء ما قاطعه عليه، ثم يعجل، ويختلفان فيما قاطعه، وعجل عتقه عليه.

فإن اختلف في القدر فقد تقدم.

وعلى أصل أشهب: يتحالفان ^(٢) ويتفاسخان ما لم يؤد نجمًا، فيتحالفان ويرجع إلى كتابة المثل، ما لم تزد على دعوى السيد، أو تنقص عن دعوى العبد، وهو أصله في البيع، أنهما يتحالفان مع فوات السلعة، ويرد القيمة ما لم تزد أو تنقص. وكل هذا إذا أتيا بما يشبه، وإلا فالقول قول مدعى الأشبه من سيد أو عبد، اختلفا: قبل ^(٣) نجم أو بعده.

فإن اختلفا في الجنس هل هو ثوب أو زيت؟ فعلى أصل قول ابن القاسم: الكتابة تفوت ^(٤)، ويتحالفان، وعليه كتابة مثله من العين، فإن نكل أحدهما صدق الحالف. فإن قال: دنانير، وقلت: دراهم، وهما في العدد سواء، أخذ ما قاله العبد، واشترى به ما قاله السد، ولم يتحالفا.

وإن اختلف قدرهما: فالجواب ما تقدم.

وإن قلت: عيًّا، وقال: عروضًا، صدقت؛ لأنها غالب الكتابة، إلا ألا يشبه ^(٥) في قدره.

ويصدق العبد في التنجيم، لأنه سنة الكتابة، إلا أن يأتي بما لا يشبه ^(٦) من كثرة النجوم، نحو عشرين سنة.

ويصدق السيد في حلول القطاعة، لأنه أصلها، إن كانت القطاعة أقل من الكتابة. وقال أصبغ: وإلا فالقول قول العبد: أنك قسمت الكتابة في قدرها إلى مثل ذلك الأجل، أو دونه أو أكثر منه، إذا أتى بما يشبه إن عجلت له العتق، وإلا

(١) في ط: ماله.

(٢) في ط: يتكالفان.

(٣) في ط: هل.

(٤) في ط: فوت.

(٥) في ط: الأشبه.

(٦) في ط: بالأشبه.

تحالفتما وتفاستختما، وعادت الكتابة .
فإن اختلفتما فى جنس ما قاطعته^(١) به : تحالفتما وتفاستختما وعادت الكتابة ان لم
يعجل له العتق، وإلا صدق العبد؛ لأنه مدعى عليه .
ووافقنا (ح) إذا اختلفا فى مال الكتابة .
وقال (ش): يتحالفا ويتفاستخان ويرجع رقيقًا .
لنا: القياس على ما إذا أعتقه فى الحال على مال، فإنه يصدق مع يمينه اتفاقًا .
ولأنه خرج من يد مولاه بالكتابة، فلا يكون، كما إذا كاتبه المشتري واختلفا فى
الثلث لم يتحالفا لخروجه عن اليد .
ولأنها عتق بشرط؛ فلا يثبت فيه التحالف كما إذا قال: إن جاء رأس الشهر فأنت
حر، وادعى العبد أن الشرط دخول الدار، وإذا سقط التحالف كان القول قول من
عليه البدل كالمتبايعين إذا سقط بينهما التحالف، فيحلف من عليه البدل .
احتجوا بأنها عقد يلحقه الفسخ فأشبهه البيع .
ولأنه لو شهد شاهد أنه كاتبه على ألف، وشهد آخر أنه كاتبه على مائة، لم يحكم
بالكتابة كما لا يحكم بالبيع، فهى كالعقود يدخلها التحالف .
والجواب عن الأول: الفرق بأن الكتابة تثبت مع نوع من الجهالة، ولا يفسدها
الشرط الذى يفسد البيع، لأنها موضع مسامحة وعتق، فلا تفسخ بالتحالف كالبيع .
وعن الثانى: أن السيد يحلف مع شاهد الألف .
قاعدة: المدعى الذى عليه البينة: من قوله على خلاف أصل أو عادة، والمدعى
عليه الذى يصدق بدعواه^(٢) أصلًا، كالمدعى القلة، والبراءة، أو عادة كمدعى
الأشبه، ورد الوديعة وقد قبضها بينة، أو إنفاق ما لم يوافق العادة على اليتيم، وعلى
هذه القاعدة تتخرج فروع الدعاوى كلها، وليس المدعى هو الطالب، بل قد يكون
المطلوب: كالوصى والمودع .
فرع: فى الكتاب: إذا أخذت منه رهناً يملكه فغاب عليه فضاع بيدك، ضمنت
قيمته، فإن سارى الكتابة عتق مكانه .

(١) فى ط: قاطعه .

(٢) فى ط: من واث .

وإن فلس أو مت واشترطته في عقد الكتابة: فهو انتزاع لا يحاصص به العبد من^(١) مالك.

وإن وجد رهنه بعينه في فلس أو موت: فلا شيء له فيه، ولا محاصة له به، ولا لغرمائه.

وإن كان الرهن بعد عقد الكتابة لنجم حل أو نحوه، فللمكاتب أخذه إن وجد بهينه، أو المحاصة بقيمته إن لم يجده، فما صار له قاص به [ما حل]^(٢) عليه، وما بقى له من قيمة الرهن ففي ذمة السيد يقاص به المكاتب فيما يحل عليه.

قال غيره - وهو أشهب - : ليس ذلك انتزاعاً، رهنه في العقد أو بعده، ويضمنه السيد إن لم تقم بينة، فإن كانت القيمة دنانير، والكتابة دنانير تقاصاً؛ لأن في وقف القيمة ضرراً عليهما، إلا أن يتهم السيد بالعدوان على الرهن ليتعجل الكتابة، فتوقف القيمة بيد عدل.

وإن كانت الكتابة عرضاً أو طعاماً، وقفت القيمة رجاء رخص ما^(٣) عليه عند محله، ويحاص الغرماء بالقيمة في الموت والفلس، ويمتنع الرهن من غير المكاتب كالحمالة، لأنه حمالة.

في النكت: قيل: إن كان الرهن انتزاعاً فلا يتنفع به المكاتب، فلس السيد أم لا، أو ليس بانتزاع: فيحاص به غرماء سيده.

قيل: هو انتزاع ووعد به برده بعد وفاء الكتابة، وذلك كالهبة يقوم بها عليه ما لم يفلس.

قال ابن يونس: قال محمد: حيث يحاصص المكاتب غرماء سيده، وما صار له في المحاصة حوصص به فيما حل عليه.

قال محمد: فيأخذه الغرماء، ثم يباع لهم بقية الكتابة، فإن أدى كان حراً، أو عجز رق للمشتري كله، واتبع المولى ببقيته رهنه.

وإذا بيعت كتابته فله أن يحاص الغرماء في ثمنه، كما يحاصهم فيما بيده، فإن ناب أكثر مما حل عليه حسب ذلك من أول نجم، ثم مما يليه، وإن كان فيه كفاف ما

(١) في ط: عن.

(٢) في ط: عاجل.

(٣) في ط: رجاء خصماً.

عليه من الكتابة عتق مكانه، ولا يدفع ذلك للمكاتب حتى تحل النجوم، إلا أن يأتي المكاتب برهن ثمنه، ويأخذه ويثبت على كتابته، ويتبع السيد بما بقي له من قيمة رهنه.

وإن كاتبه بمائة وقيمة الرهن مائتان، فضاع وعلى السيد دين: مائتا دينار، ففلسه الغريم فوجد بيد السيد مائتين، حاصص المكاتب فيها بقيمة رهنه، فإن شاء المكاتب تعجل العتق بما يقع له، قال له الغريم: عليك مائة، فأخذنا من المائتين مائة، ويتحصان في المائة الثانية، فيقع للمكاتب خمسون فيأخذها، ويخرج حراً، ويتبع السيد بخمسين، بقيمة رهنه.

فإن شاء المكاتب أخذ ما يقع له في الحصاص، ويأتي برهن مكانه^(١)، ويؤدي على نجومه، تحاصا في المائتين، فيقع له مائة، ويأتي برهن قيمته مائة، ويأخذ المائة، ويؤدي على نجومه، إلا أن يكون حل عليه شيء منها، فيأخذ الغريم من المائتين مثل الذي حل على المكاتب ويتحصان فيما بقي، ويأتي المكاتب برهن مثل ما يقع له في الحصاص.

قال محمد: للمكاتب المحاصة، وإن كان في أصل الكتابة؛ لأنه وإن شرطه رهناً فهو مال المكاتب، لم يشترطه السيد لنفسه، وما نابه في الحصاص لا يتعجله السيد لنفسه، ولا لغرمائه، ويكون رهناً.

وكذلك إن كاتبه على أن يسلفه أو يبيعه سلعة أجلها لبعده الكتابة، ففلس السيد، حاص بقيمتها حالة، ويقبضها إلا أن يحل عليه فيقاصص، وإن رهن العبد مالا في ملكه، ولم يعلم السيد، بطل كحماله الأجنبي، فإن أراد السيد إمضاء الكتابة بلا رهن فله ذلك، وإلا نقض الكتابة.

قال محمد: إلا أن يؤدي جل الكتابة، فلا يفسخ، ويفسخ الرهن.

قال: ولو علم السيد أن الرهن ليس لعبده، فسخ الرهن دون الكتابة.

قال اللخمي: الرهن إذا أرهن بعد العقد فله أحكام الرهان، وإن فلس السيد أو مات، فالمكاتب أحق بالرهن إن وجدته، أو بقيمته إن فات في الفلس، فإن كان في أصل العقد فجعله ابن القاسم انتزاعاً، وخالفه غيره.

(١) في ط: مكاتب.

ويلزم على قول ابن القاسم جواز الربا بين السيد وعبد؛ لأن الزائد انتزاع.
 فرع: في الكتاب: إن زوجها من رجل على أن يضمن لك كتابتها فولدت منه بنتاً
 ثم هلك الزوج، فالحمالة باطلة، وتبقى الكتابة على حالها، وابنتها منه لا ترثه،
 ويرثه أقرب الناس إليه.

قال ابن يونس: إذا لم يؤد الحماله حتى مات وترك مالا كثيراً فلا يؤخذ ذلك من
 ماله بعد موته؛ قاله محمد؛ لأنه شيء لم يحكم عليه به في حياته، إلا أنه لو أدى
 ذلك حتى تعتق ويفوت ذلك، جاز للسيد، ويرجع به الزوج عليها^(١)، ورجعت هي
 عليه بصداق مثلها يوم وقع النكاح، فيتقاصان.

فرع: في الكتاب: إذا ورثت^(٢) مع أخيك لأبيك مكاتباً هو أخوك لأملك،
 وضعت عنه حصتك، وسعى لأخيك في نصيبه ويخرج حراً، فإن عجز بيعت
 حصتك، ولا يقوم عليك بقيته.

فإن وهب لك نصفاً أو أوصى لك به فقبلته، ولا مال ظاهر للمكاتب، فهو مخير
 في أن يعجز ويقوم باقيه عليك ويعتق إن كان لك مال، وإلا عتق منه نصيبك ورق
 باقيه، وإن شاء بقى على كتابته، فإن ثبت عليها حطت عنه حصتك، وإن أدى
 فولأؤه لعاقده الكتابة.

وليس له تعجيز نفسه إن كان له مال ظاهر للتقويم عليك، فإن تمادى في كتابته ثم
 عجز قوم باقيه عليك إن كنت ملياً، وعتق، وإلا عتق منه نصيبك ورق باقيه.

قال ابن يونس: الفرق بين من وهب بعض مكاتب ممن يعتق عليه فقبله، وبين
 من أعتق حصته من مكاتب بينه وبين آخر، أن عتق هذا قوم باقيه، وأنه إن عجز
 لا يعتق عليه حصته ولا يقوم عليه حصة صاحبه، ومن يعتق عليه يقوم عليه بقيته،
 فالفرق: أن من يعتق عليه لا يستقر عليه ملكه إن عجز، فلا بد من عتقه، فجعلنا
 قبوله لما وهب له قصداً للعتق في تلك الحصة.

قيل لابن القاسم: فلم إذا قبله^(٣) ولم يعجز توضع^(٤) عنه حصته، وهو لم يملك

(١) في ط: عليهما.

(٢) في ط: ورثته.

(٣) في ط: أدى مثله.

(٤) في ط: لتوضع.

منه رقاً؟ ولو أدى لكان ولاؤه لعاقده كتابته.

قال: لأنه إن عجز وصار له، عتق عليه، وإذا عجز يقوم على^(١) الأخ بقيته، وولاء^(٢) هذا النصف الموهوب للواهب؛ لأنه لو وهبه جميعه لعتق، وكان ولاؤه للواهب، فكذلك هبة نصفه، وأما النصف الذي عتق على الأخ فولأؤه له؛ لأنه عتق عليه بعد أن صار رقاً.

فرع: يدخل في كتابته ولده من أمته إن حملت به بعد الكتابة، [وإن بلغت أولاده جازت، فيوعهم وقسمتهم بغيراً]^(٣) إذنه إن كانوا مأمونين. وما ولدته له بعد الكتابة، أو كوتب وأمته حامل منه، لا يدخل معه؛ لتأخر العقد عنه.

ولا يشتري ولده أو أبويه إلا بإذنه، فإنه ينقص ماله، فإن اشترى من^(٤) يعتق على الحر دخل معهم، وجاز بيعهم وشراؤهم وقسمتهم بغير إذنه لم يفسخ، ولا يدخلون معه، ولا يبيعهم^(٥) إلا أن يخشى عجزاً، ولا يبيع لهم ولا شراء ولا قسم إلا بإذنه، ويعتقون بأدائه.

وكذلك أم الولد ليس لها أن تتخير إلا بإذنه، ولا له بيعها إلا أن يخاف العجز. وإن ابتاع من لا يعتق على الحر من^(٦) القربات بإذنه أم لا، لم يدخلوا في كتابته، وله بيعهم وإن لم يعجزوا، ولا فعل لهم إلا بإذنه.

قال أشهب: يدخل الولد والوالد إذا اشتراهم بإذنه دون الأخ. وقال ابن نافع: لا يدخل في الكتابة بالشراء بإذنه إلا الولد، لأن له أن يستحدثه.

قال ابن القاسم: إن كان مدياناً فابتاع ابنه لم يدخل، لأن الدين مقدم على العتق، وإن أذنت له حتى يأذن غرماؤه.

(١) في ط: عليه.

(٢) في ط: وولى.

(٣) كذا في ط.

(٤) في ط: ممن.

(٥) في ط: يتبعهم.

(٦) في ط: المحرمين.

ومن دخل له حكم من كوتب، فإن مات المكاتب أدوا على تلك النجوم.
وما ولد للمعتق إلى أجل، أو للمدبر من أمته بعد العتق بمنزلته، وما ولد قبل ذلك، أو كانت حاملاً حين العقد: رق.

وإن اشترى، وما ولد قبل ذلك: لم يدخل معه، ويباع إن أذنت في ذلك، إلا أن يقرب أجل العتق إلى الأجل، أو تأذن للمدبر وأنت مريض، وإنما يعتبر إذذك حيث يكون لك الانتزاع، وإن لم تأذن ولم تنتزعهم حتى عتقوا: تبعوهم كأموالهم، ويعتقون عليهم.

وما ولدت المكاتب بعد الكتابة بمنزلتها، لا سبيل لك عليه في السعاية، ما دامت على نجومها، ولها استسعاؤه، فإن أبى وأجرته فلا تأخذ من إجارته ولا مما بيده إلا ما تتقوى به على الأداء والسعى.

فإن ماتت وتركت ولدين حدثا في كتابتها سعيا فيما بقى، فإن أمن أحدهما سعى الصحيح، ولا يوضع عنه لموت أمه، ولا لزمانة أخيه شيء. وإن ولد للمكاتب من أمته ولدان واتخذ كل واحد منهما أم ولد فأولدها وأهلك أولادها، ثم مات الجد، فالولدان^(١) مع أمهما يسعون، فإن أدوا أعتقت معهم، وإن مات أحدهم قبل الأداء ولم يدع ولداً وترك أم ولده: بيعت، ويعتق أخوه في ثمنها، ولا يرجع السيد عليه بشيء.

وإن ولد للمكاتب ولد من أمته بعد الكتابة فأعتق السيد الأب: لم يجز عتقه إلا أن يكون الأب زمناً، فإن كان للأب مال يفي بالكتابة، ولا سعاية في الولد، أدى منه عن الولد حالا وعتقوا.

قال غيره: هذا إن ارتضى العبد العتق وإلا امتنع، لاتهم السيد في التعجيل.
قال ابن القاسم: وإن لم يكن له^(٢) مال إلا قدر^(٣) ما يؤدي عنهم إلى^(٤) أن يبلغوا السعى، أخذ وأدى نجوماً إلى أن يبلغوا السعى، ولا يؤخذ حالاً؛ إذ لو ماتوا قبل بلوغ السعى كان المال لأبيهم.

(١) في ط: فالولدان.

(٢) في ط: في.

(٣) في ط: قرر.

(٤) في ط: إلا.

وإن لم يكن فى مال الأب ما يبلغهم السعى: مضى عتق الأب ورقوا.
 قيل: فإن كانوا يقوون على السعى يوم عتق الأب، وله مال- قال مالك فى
 المكاتب يولد له ولدان فى كتابته فيعتق السيد الأولاد، وهو قوى على السعى: رد
 عتقه، وإلا جاز، ولم يوضع عمن بقى شىء، ولا يرجع المؤدى على أخيه.
 قال غيره: إن كان للأب الزمن مال، والولد قوى على السعى امتنع عتقه؛ لأن
 ماله معونة كبذنه.

قال ابن يونس: عن ابن القاسم: إن كاتب أمته وبها حمل علم به أم لا فإنه يدخل
 معها^(١).

قال مالك: إن خافت العجز لم يتبع ولدها الحادث فى الكتابة إلا بإذن السيد.
 قال أشهب: وكذلك المكاتب فى بيع ولده من أمته.
 قال محمد: والأب والأخ لا يبيعه - وإن عجز - إلا بإذن السيد، لأن للسيد بيع^(٢)
 الولد مع العجز نفسه، وإذا أذن لأبيه فى بيعه فلا حجة للولد ولا للأخ؛ لأنهم قد
 وقفوا على العجز كلهم، والرجوع إلى الرق، ولا فرق بين ملك^(٣) السيد لهم
 ولا ملك^(٤) غيره، فلم يكن لهم حجة فى بيعهم.

قال محمد: وأما أم ولده فله بيعها عند العجز بغير إذن سيده فى الموضع الذى لو
 لم يبيعها لعجز، فمنع السيد من بيعها ضرر، واستدعاء رق.
 وعن عبد الملك: إذا كاتب عن نفسه وأمته فعجز عن بعض نجومه، فأذن السيد
 فى بيعها، امتنع إلا أن يعجزه السلطان، فإن ترك وأتت بولد من مشتريها فلا يرد؛
 لأنها لا ترجع لأحسن من ذلك، وإن بقى بيد ابنها^(٥) فضل، فما أدى من ثمنها من
 الكتابة ملكه، كما لو قتلت.

وقوله: «قال غيره: هذا إن ارتضى العبد بالعتق»، تفسير.
 وإن لم يرض الأب بالعتق [و]^(٦) تمادى على الكتابة، ثم عجزوا، عتق بالعتق

(١) فى ط: معها.

(٢) فى ط: السيد تبع.

(٣) فى ط: مالك.

(٤) فى ط: مالك.

(٥) فى ط: أبيها.

(٦) سقط فى ط.

الأول، وليس كمن جعل عتقه في يديه فرده؛ لأن هذا إنما رده لعله استعجال^(١) المال، فهو كرد أصحابه عتقه.

قال بعض الأصحاب: وفيه نظر: هل هو كمعجل عتق مكاتبه على تعجل كتابته فيأبى^(٢) من ذلك ويتمادى على كتابته، ثم يعجز، فإنه يرق؛ لعدم رضاه بما طلبه السيد.

قال اللخمي: حمل المكاتبه يدخل بخلاف حمل أمة المكاتب إلا أن يشترطه. وإن اشترى أمة حاملا بإذن سيده دخل الحمل إن ولد في كتابته، وإن [لم]^(٣) يأذن السيد، وأجازه ابن القاسم؛ لأن له الشراء بإذن سيده ويولد.

فرع:

في الكتاب: إن أوصى بمكاتبه أو بما عليه، أو أوصى بعتق مكاتبه، أو بوضع ما عليه، جعل في الثلث الأقل من قيمة الكتابة^(٤)، أو قيمة الرقبة، على أنه عبد مكاتب في أدائه وجزائه، كما لو قتل.

وقال أكثر الرواة: لا ينظر إلى قيمة الكتابة، بل الكتابة، أى ذلك حمل الثلث جازت الوصية.

[و]^(٥) إذا وهب المريض نجماً للمكاتب، أو تصدق، أو أوصى له به، ثم مات، قوم ذلك النجم مع بقية النجوم بالنقد بقدر آجالها، فيقدر حصة النجم منها^(٦) فيعتق الآن من^(٧) رقبته، ويوضع عنه النجم بعينه إن حمله الثلث، وإلا خير الوارث بين إجازة ذلك، أو بتل محمل الثلث، ويحط عنه من كل نجم بقدر ما أعتق منه، لا من النجم المعين؛ لأن الوصية قد حالت عن وجهها؛ لامتناع الوارث.

قال ابن يونس: إنما جعل في الثلث الأقل من قيمة النجم أو ما قابله من الرقبة، كما لو أوصى له بجميع الكتابة، بأن ينظر ما قيمة النجم، فإن كان الربع فمقابله من

(١) في ط: استعجل.

(٢) في ط: فيأفا.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: المكاتبه.

(٥) سقط في ط.

(٦) في ط: منهما.

(٧) في ط: في.

الرقبة، فينظر لقيمة ربع^(١) الرقبة وقيمة النجم.
قال أشهب: فإن لم يكن للسيد مال غير المكاتب، وقد أوصى^(٢) له بالنجم الأول فرد^(٣) الوارث فإن خرجت قيمته من قيمة باقى الكتابة من الثلث، جاز ذلك على الوارث، [و]^(٤) وضع النجم بعينه، وإلا عتق منه محمله، ووضع عنه بقدر ما يحمل الثلث، فإن عجز عتق منه بقدر ذلك، ولا يخير الوارث فى ذلك؛ لقدرتهم على منع سائر الكتابة، ويجبر^(٥).
قال مالك: وإن وهب الصحيح نصف الكتابة فعجز^(٦) فله نصف الرقبة فى البيع، وكذلك بقية الأجزاء.

وقال ابن القاسم: بل جميع الرقبة للواهب، كهبة ذلك للمكاتب.
قال ابن القاسم: إن وهبه نجمًا شاركه فى النجوم كلها بقدر ذلك كيبعه، فإنه يكون للمشتري خمس كل نجم إن كانت خمسة، وإن عجز فله من الرقبة الخمس.
قال محمد: كان ذلك فى صحة السيد أم لا.
وإن وهبه نجمًا بعينه فى صحته، فلا يكون له شيء من الرقبة وإن عجز؛ لأنه وهبه مالا.

قال محمد: وإن أوصى بنجم بعينه لرجل فعجز، فله حصته من الرقبة.
والفرق بين الصحة والوصية: أنه فى الوصية أشرك بينه وبين الورثة على قدر ما أوصى له من نفسه، أو لرجل، وليس أحدهما أولى من الآخر، والصحيح إنما أعطى مالا، فإن اقتضى الموصى له ذلك النجم المعين أو بعضه، ثم عجز، وقيمته من بقية النجوم نصف الكتابة، فله نصف رقبة العبد، ولا يرد مما أخذ شيئًا؛ قاله أشهب.

وقال ابن القاسم: إن رد ما أخذ العبد رجع نصيبه فى رقبة العبد، وإن لم يرد كان العبد للورثة.

(١) فى ط: الربع.

(٢) فى ط: أدى.

(٣) فى ط: فسح.

(٤) سقط فى ط.

(٥) فى ط: بخير.

قال: والأول هو الصواب.

وإن لم يقبض الموصى له النجم حتى مات المكاتب وترك مالا كثيرا، أخذ صاحب النجم نجمه، والورثة نجومهم على عدد المال، لا على عدد القيمة؛ لأن النجوم قد حلت بموته، واستوى المتقدم والمتأخر، فما فضل بعد ذلك بين الورثة وبين صاحب النجم نصفين بقدر ما كان يقع له من رقة العبد لو عجز. وإن لم يترك ما يفي بالكتابة حاص الموصى له الوارث في ذلك بالعدد، لا قيم الأنجم.

قال ابن القاسم: إن قال الوارث: أدفع لك نجما كما أوصى لك به، وامتنع الموصى له، لعله يعجز فيكون له في الرقة حق، قدم الموصى له إن لم يحل النجم، وإلا قدم الوارث.

قال محمد: إن أوصى بالنجم الأول [لرجل]^(١)، ثم بالثاني لآخر، وخرج المكاتب من الثلث [و]عجز^(٢)، فللأول من رقبته بقدر فضل قيمة نجمه على الثاني، وللثاني بقدر قيمة نجمه، فإن قبض الأول نجمه، ثم عجز قبل قبض الثاني، فرقته بينهما على ما تقدم، والأول^(٣) ما قبض^(٤)، ولا يرجع عليه الثاني بشيء. وإن كان ثم نجم ثالث للورثة فقبض صاحب النجمين نجميهما^(٥)، ثم عجز، فالعبد بينهما وبين الورثة على قدر قيمة النجم الأول والثاني، ولا يرجع الورثة عليهما بشيء.

وعن ابن القاسم: إن ردا ما أخذ للمكاتب رجعا فيه بأنصبا، وإلا فنصيبهما^(٦) منه للورثة.

قال: والصواب ما تقدم.

فإن أوصى بالنجم الأخير قبل أن يتأدى^(٧) من الكتابة شيء، فأخذ الورثة نجومهم

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: الأول.

(٤) في ط: أقبض.

(٥) في ط: نجميه.

(٦) في ط: فنصيبه.

(٧) في ط: يتأدى.

وسلموا المكاتب للموصى له فعجز، فرقبته له وللورثة بقدر قيمة نجمه من قيمة نجومهم، لأنهم كانوا له فيه شركاء، بخلاف أن لو كان السيد أخذ نجومًا إلا النجم الآخر، فينفرد^(١) به فعجز، فالرقبة^(٢) كلها لهم، وكأنه أوصى له بجميع الكتابة إذا كان ما بقي عليه لم يعتق لأجله، ولا شركة لأحد فيه.

فرع:

فى الكتاب: إذا أدى كتابته فى مرضه جازت وصيته فى ثلث ما بقى من ماله، وإن مات قبل دفعها، أو أمر بدفعها فلم تصل إليك حتى مات، فلا وصية له. قال ابن يونس: قال أبو عمران: إن بعث بها لسيده فى مرضه فلم يقبلها حين وصولها، لا يعتق حتى يقضى بذلك، إلا أن يكون بموضع لا حاكم فيه، فتكون الشهادة عليه كالحكم.

فرع:

إذا كوتب وقد ولدت أمته قبل ذلك لم تكن بذلك أم ولد، أو بعد ذلك، فهى أم ولد، ولا يبيعها إلا أن يخاف العجز. قال ربيعة: أو لعدمه لدين عليه. قال ربيعة: وإن مات حديثًا مديانًا، فأم ولده فى دينه، وأولاده منها رق لك. قال ابن القاسم: و [لك]^(٣) شراء زوجته الحامل منه، ولا يمنعه؛ لأنه إن ابتاعها بغير إذنك لم يدخل جنيها معها فى الكتابة، ولا تكون هى أم ولد، وإن ابتاعها بإذنك دخل حملها فى الكتابة، وكانت به أم ولد. وإن مات وترك أم ولد وولدا منها أو من غيرها، ولم يدع مالا سعت مع الولد، وسعت عليه^(٤) إن لم يقو، وقويت وكانت مأمونة عليه. وإن ترك أم ولد وولدا^(٥) منها حدث فى الكتابة فخشى الولد العجز، فلهم بيعها، وإن كانت أمهم.

(١) فى ط: فينقد.

(٢) فى ط: والرقبة.

(٣) سقط فى ط.

(٤) فى ط: عليهم.

(٥) فى ط: ترك أم ولدا.

وإن كان للأب أمهات أولاد سواها فخشى الولد العجز، فلهم بيع من فيها نجاتهم، كانت أمهم أو غيرها.

قال ابن القاسم: وأرى ألا يبيع أمه إن كان في بيع غيرها ما يعينه.

قال ابن يونس: إن خاف المكاتب العجز فباع أم ولده حاملاً منه، فولدت عند المشتري، فإن كان المكاتب بحاله لم يعتق، ولم يعجز، رد بيعها لتعتق بعته، أو يعجز فيبيعها^(١) دون ولدها، وإن كان الأب قد عتق بأدائه، أو عجز فرق، مضى البيع بالقيمة، على أن جنينها مستثنى، ورد الجنين، فكان بحال أبيه من عتق أو رق. فإن لم يعثر على ذلك حتى أعتقها المبتاع وولدها، فسواء عجز الأب أو أدى أو بقي على كتابته، يمضى العتق في الأمة، وعليه قيمتها، على أن جنينها مستثنى، فيرد عتق الولد، وسيله سبيل أبيه من عتق أو رق أو كتابة، وليس كمن باع مكاتبه فأعتقه المبتاع؛ لأن هذا باعه غير سيده.

قال اللخمي: هل^(٢) أم ولد^(٣) المكاتب بمنزلتها قبل ولادتها فيبيعها اختياراً في الكتابة، وبعد عتقه، أو كأمهات أولاده: لا يبيعها^(٤) إن كانت في الكتابة إلا أن يخاف العجز، وإن أدى كتابته وهي عنده عتقت بموته إن حملت بعد الكتابة؟ قولان لمالك، مراعاة لعقد الحرية.

وإن وقعت الولادة قبل الكتابة لم تكن أم ولد، قولاً واحداً.

و^(٥) يختلف إذا كانت الكتابة وهي حامل؛ قياساً على الحر يشتري الأمة وهي حامل منه فيرق^(٦).

فرع: في الكتاب: إن مات وترك ما فيه وفاء الكتابة، وترك أم ولد وولداً منها أو من غيرها، عتقت مع الولد فيه؛ لأنه بالأداء يعتق، فترتب أحكام الحرية. وكذلك إن ترك معه في الكتابة أجنبى وترك مالا فيه وفاء بالكتابة، فإن كتابته تحل بموته، ويتعجلها السيد من ماله، ويعتق من معه، وليس لمن معه -أجنبياً أو ولداً-

(١) في ط: فيبيعها.

(٢) في ط: هذا.

(٣) في ط: الولد.

(٤) في ط: يبيعه إلا.

(٥) في ط: أو.

(٦) في ط: فرق.

أخذ المال، وأداؤه على النجوم، إن كان فيه وفاء الكتابة؛ لما فيه من الغرر، فإن لم يف بالكتابة فلولده والذين معه أخذه إن كانت لهم أمانة وقوة على السعى، ويؤدون نجومًا.

قال سليمان بن يسار: فإن لم يكن الولد مأمونا لم يدفع له المال^(١). قال ابن القاسم: ولا يدفع المال لغير الولد، ويتعجله السيد؛ لأن ولد المكاتب عضو منه بمنزله، بخلاف غيره، والكتابة كالدين، وصاحب الدين أولى بالتركة. [و]^(٢) إذا تعجله السيد سعوا في البقية، فإن أدوا عتقوا، ويتبع السيد الأجنبي بحصة ما أدى عنه من مال الميت، ويخاص به غرماءه بعد عتقه، وليس كالمعتق، على أن عليه مالا بعد العتق.

وقال ربيعة: لا يدفع المال لولد ولا غيره، وإن كانوا ذوى قوة وأمانة؛ لأنه ليس لهم أصله، ولا يؤمن عليه التلف، ويتعجله السيد، ويخاصهم به من آخر كتابتهم، وإن كانوا صغارا لا قوة فيهم على السعى فهم رقيق، وذلك المال للسيد. وإن ترك أم ولد ولا ولد معها ومالا يوفى الكتابة، فهي والمال ملك للسيد، لأنه مات رقيقًا.

قال ربيعة: وكذلك إن ترك ولدًا فمات الولد.

قال ابن القاسم: وإن ترك ولدًا أحدث في كتابته ومالا يوفى بالكتابة ويفضل، أخذ السيد الكتابة، ويرث الفضل من معه في الكتابة على فرائض الله - تعالى - لأنهم ساووه في أحكامه بعقد الكتابة، ولا يرثه ولده الأحرار الذين ليسوا معه في كتابته، ولا زوجته وإن كوتبت معه، ولا يكون للسيد ما فضل إلا أن يكون الولد ابنًا أو بنتًا، فالباقي له دون أحرار ورثة^(٣) المكاتب؛ لحصول المخالفة في الرق والحرية عند الموت.

وإن لم يكن معه في الكتابة أحد أو ترك أجنبيًا ووفاء^(٤) الكتابة، تعجلها السيد، والفضل له دون ورثة المكاتب الأحرار، وإن كان مع الأجنبي ولد في الكتابة، اتبعه

(١) في ط: مال.

(٢) سقط في ط.

(٣) في ط: ورثت.

(٤) في ط: ووفى.

الولد بما أدى عنه دون السيد، وورث السيد بقية المال.
 وإن ترك ابنتيه وابن ابن معهما في الكتابة، وترك^(١) فضلاً عن كتابته، فللابنتين
 من الفضل الثلثان^(٢)، ولابن الابن ما بقى.
 وإنما يرث المكاتب من معه في الكتابة من القرابة: الولد وولد الولد والأبوان،
 والجدود، والإخوة دون أحرار ولده، ولا يرثه غيرهم من عم، وابن عم وغيرهم من
 العصبه، ولا زوجة، وإن كانوا معه في الكتابة.
 وضابطهم: من أدى عنهم لم يرجع عليه إلا الزوجة فإنها لا ترثه، ولا يرجع
 عليها من يرثها، ولا السيد، ويرجعون على كل من كان هو يرجع عليه إلا الزوجة.
 وإن هلك أحد الأخوين في كتابته وترك فضلاً فللأخ دون السيد، ولا يرجع السيد
 على الأخ بما أدى عنه من مال أخيه. [و]^(٣) لو ترك الميت ولدًا، فأدى الولد من
 ذلك المال جميع الكتابة، لم يرجع عليه.
 وإذا مات المكاتب بعد موت سيده، وترك وفاء الكتابة، ولم يدع ولدًا فلورثة
 السيد، يدخل فيه بناته وأمهاته وزوجاته وغيرهن؛ لأنه موروث بالرق دون الولاء.
 وإن هلك أحد الأخوين وترك أم ولد لا ولد معها، فهي^(٤) رقيق، إلا أن يدع
 ولدًا منها أو من غيرها، كاتب عليهم أو حدثوا في الكتابة، فلا ترق إلا أن يعجز
 الولد ولا تقوى هي على السعى عليهم، أو يموت الولد قبل الأداء.
 وإن كان معه في الكتابة ولد، فمات ولده عن أم ولد لا ولد معها، رقت للأب،
 وإن كثر ما ترك إلا أن يترك ولدًا كما تقدم.
 وإن كاتبته^(٥)، ثم كاتب امرأته كتابة على حدة، فحدث بينهما ولد، فهو في
 كتابة الأم يعتق بعثتها لا بعثق الأب ونفقتهم عليها.
 ووافقنا (ح) على أنه إذا مات وخلف وفاء لم يمت على الرق وورث^(٦)، ويقول:

(١) في ط: تارك.

(٢) في ط: الثلاث.

(٣) سقط في ط.

(٤) في ط: فهو.

(٥) في ط: كاتبه.

(٦) في ط: ووارث.

مات حرًا مكاتبًا، [و^(١)] نحن نقول: مات مكاتبًا.

وقال (ش): مات عبدًا، ولا يورث.

لنا: قوله -تعالى-: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ﴾ [النساء: ١١] فحكم -تعالى- ببقاء دين الميت بعد موته، وأوجب قضاءه من ماله، فالكتابة دين، ويرث الفضل ورثته لا بآي الموارد.

ولأن المساواة إذا حصلت في الرق والحرية والدين وجب الإرث، وهو ههنا موجود؛ لأنهم ساووه في عقد الحرية، ويفارق العبد بأنه أحرز نفسه وماله، فتقرر ملكه، وله عقد حرية، ولم يلحق بالحر؛ لأنه قد يعجز فلا يرثه الحر ولا السيد^(٢). ولأنه عقد معاوضة فلا يبطل بالموت كالبيع، ويفارق النكاح؛ لأنه لا يصح إلا بشرط العوض، والنكاح يصح تفويضًا، وكالعتق على مال لا يبطل بموت العبد. ولأنه أحد المتعاقدين فلا يبطل العقد بموته كالسيد، طردًا للباب كالبيع، ولا يشكل بموته مفلسًا، لأن المبطل العجز لا الموت.

احتجوا: بأن الموت يبطل الشرط، كما لو جعل الشرط دخول الدار؛ هذا عمدتهم.

ولأن الموت يبطل سبب الاستيلاد، وهو أقوى؛ لتعذر إبطاله، فالكتابة أولى؛ لأنها تبطل بالعجز.

ولأنه مات عندكم مكاتبًا وأولاده^(٣) عتقوا بالأداء، فلا مساواة؛ فلا إرث. أو مات حرًا فيرثه الأحرار كلهم، أو تقولون عتق بالأداء فيلزمكم عتق الموتى، وهو خلاف الإجماع.

والجواب عن الأول: أن عقد الكتابة يشمل الولد^(٤) الحادث في الكتابة، ويعتق بعق أبيه، كاتب عليه أو حدث فيها، فإذا مات الوالد بقي حق الولد، كما لو قال له ولولده: إذا أدبتم ألف درهم فأنتم أحرار، فمات أحد^(٥) منهم، ثم أدى الباقيون الألف، فإنهم يعتقون، ولا يبطل حقهم بموت بعضهم.

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: العبد.

(٣) في ط: وأولادًا.

(٤) في ط: ليس للولد.

(٥) في ط: فما أحد.

وعن الثاني: أن حكم أم الولد إذا ماتت قبل السيد ما كان، ويعتق بموت سيده، وكذلك ولد المدبر.

وعن الثالث: أنه مات مكاتبًا لا حرًا، ولا قنا، فعدم خلوصه للحرية يمنع ورثته الأحرار، وعدم خلوص الرق يمنع وراثة السيد؛ فلم يبق إلا أولاده الذين معه في الكتابة، فالمكاتب أصل في نفسه كأم الولد: لا حرة فتجب ديته، ولا أمة فيجوز بيعها، وتجوز إجارتها كالنكاح، لا بيع ولا إجارة، وكالنكاح الفاسد فيه شبه الصحيح في لحوق النسب وسقوط الحد، وشبه الزنا في امتناع الطلاق والميراث، وهذه قاعدة متى كان للفرع أصل واحد لحق به، ومتى كان بين أصلين فأكثر يختلف العلماء بأيهما يلحق، وأيهما أرجح، ونظائره كثيرة في الشرع، فالمكاتب كذلك، فلا حجة فيه، وهذه الطريقة ناظر بها القاضي إسماعيل محمد بن الحسن.

فإن قالوا: لا يصح عقد الكتابة بعد الموت؛ فلا يصح بقاؤها كالنكاح وغيره. قلنا: قد يخالف الابتداء: كالعدة والإحرام، لا تبقى المرأة معتدة بعد موتها، ولا محرمة، ولا معتكفة، وتبقى زوجة، وحررة، ومؤمنة، وابنة وغير ذلك من القربات مع أنها أمور لا يصح ابتداؤها بعد الموت، فالأوصاف ثلاثة أقسام: ما لا يثبت إلا بعد الموت، نحو كونه موروثًا.

و [ما]^(١) لا يثبت إلا قبل الموت: كالعدة والإحرام.

وما يقبل الأمرين: كالحرية والقربات.

وإذا اختلفت الأحوال فليس قياسكم على أحدها^(٢) بأولى من الآخر.

ويلزم (ج) في قوله: إذا خلف وفاء أنه مات حرًا، أن يكمل ديته، ولما لم يقل إلا بالقيمة بطلت الحرية.

تفريع:

قال ابن يونس: قال محمد: إذا كان معه أب أو أخ في الكتابة، وترك أم ولد لا ولد معها، قال ابن القاسم: رقت للأب أو الأخ.

وعن ابن القاسم: إن مات عن أم ولد منها أو من غيرها، وترك مالا اعتقوا به، ولا يرجعون عليها بشيء.

(١) سقط في ط.

(٢) في ط: أحدهما.

وإن لم يترك مالا فسعوا لهم عتقت^(١) بأدائهم كانوا ولدها أم لا، ولا يرجعون عليها.

قال مالك: إن ترك ولدًا لا سعاية فيه، ولم يترك مالا رق، إلا أن يكون فيما ترك ما يؤدي على النجوم إلى أن يبلغ السعى، أو يترك ولدًا ممن^(٢) يسعى، فيدفع^(٣) المال إليهم، فإن لم يقووا ومعهم أم ولد للأب دفع إليها المال، إن لم يكن فيه وفاء وهي مأمونة قوية على السعى، ولأ فإن كان في المال مع ثمنها إن بيعت كفاف الكتابة، بيعت وردت الكتابة، وعتق الولد، أو يكون في ثمنها ما يؤدي إلى بلوغ الولد السعى، فإن لم يكن ذلك رقوا جميعًا.

وقال أشهب: إذا مات وترك مالا يدفع للولد وغيره من قريب أو أجنبي في كتابة واحدة إن كانوا مأمونين، وليس ذلك كالدين الثابت يحل بالموت، وهم كانوا يرتقبون بالموت ماله، فأخذه^(٤) يضعفهم.

وإن لم يكونوا مأمونين لم يتعجله السيد أيضًا، ويدفع لأمين يؤديه إلى السيد على أداء النجوم.

قال محمد: فإن ارتد وقتل على رده ومعه في الكتابة ولده وأم ولده، وترك وفاء الكتابة وفضلة- عتق بذلك ولده، والفاضل للسيد، ولا يرثه الولد؛ لاختلاف الدين، ولا يرجع السيد عليهم بشيء من مال الأب؛ لأن الأب لا يرجع، ويرجع على الأجنيين، لأن السيد ورثه بالرق.

واختلف قول مالك فيمن لا يرجع عليه المكاتب من قرابته إذا أدى^(٥) عنه: فعنه: لا يتبع كل ذي رحم منه.

وعنه: كل ذي رحم يتوارثون بها.

وعنه: يختص ذلك بالولد، والإخوة، والوالد.

ومنشأ الخلاف: من هو الذي يعتق عليه إذا ملكه.

واختلف فيمن يرثه ممن معه في الكتابة:

(١) في ط: فعتقت.

(٢) في ط: فيمن.

(٣) في ط: فدفع.

(٤) في ط: فأخوه.

(٥) في ط: ادعى.

ف قيل : لا يرثه إلّا من يعتق على الحر؛ قاله ابن القاسم .
وعنه : من يرث^(١) الحر من عم وغيره من نساء أو رجال .
وقول مالك الأول : إن امرأته ترثه ، ورجع إلى أنها لا ترثه ، وتعتق فيما ترك ،
ولا تتبع بشيء^(٢) استحساناً ، كمن فدى زوجته من العدو وهو يعرفها فلا يرجع
عليها ، لأنه فدى منافعه .

وقال عبد الملك : لا ترثه ولا يرثها ولا يرجع أحدهما على الآخر .
وقال ابن نافع : لا يرث المكاتب أحد إلّا الولد .
قال ابن القاسم : إن لم يكن مع الأجنبي ولد ، ولا ولد للميت اتبعه السيد بجميع
ما أخذ من باقى الكتابة من مال الميت ، يحط عنه بموت الميت شيء ، ويتأدى^(٣) منه
على النجوم إن كان قبضها هو قبل محلها .
فإن كان معه ولد لم يتبعه إلّا بنصف ما أدى من مال أبيه إن كانت الكتابة بينهما
نصفين ؛ لأنه الذى كان يتبعه به أبوه .

قال عبد الملك : إن مات أحدهم لم يسقط عن الباقي شيء ، وإن استحق أحدهم
سقط عن الباقي حصته^(٤) على العدد : فإن^(٥) كانوا أربعة ، سقط ربع الكتابة ، وفيه
خلاف .

قال اللخمي : إن مات عن مال لا وفاء فيه ، ففى سعى من معه ثلاثة أقوال :
قول ابن القاسم المتقدم .
وقال أشهب : يسعى من معه وإن كان أخاً أو أجنبياً .
وقال ربيعة : السيد أحق به من الولد وغيره .
وإذا كان السيد أخذه على قول مالك إذا لم يترك ولدًا فيختلف : هل يحسب لهم
ذلك من آخر كتابتهم ؟
قال ابن القاسم : يحسب من أولها ، وهو الذى لا [أختار ، لا من]^(٦) آخرها ولا من

(١) فى ط : بمن يورث .

(٢) فى ط : يتبع لشيء .

(٣) فى ط : يتمادى .

(٤) فى ط : جهته .

(٥) فى ط : فإن .

(٦) فى ط : لا اختار .

وسطها، وإنما ينظر إلى المتروك إن كان هو الذى ينوبه من الكتابة أخذه عن الميت، وعلى الحى السعى فيما عليه مما ينوبه من الكتابة، فإن عجز فلا يعجل عليه بفسخ الكتابة، ويحاسبه بما تركه الميت كما لو كان حيا يعجز عما ينوبه أخذ من يد صاحبه ذلك النجم، وأدى عنهما.

وإن لم يكن فيما تركه وفاء بما ينوبه سعى هذا فيما ينوبه وحوسب السيد بما خلفه عن أول نجومه، فإذا ذهب من النجوم ما يقابل ما خلف أخذ حيثلذ الحى بالأداء عنه. وإن كان فيما خلفه فضل عما ينوبه، سعى هذا الباقي خاصة، لأنه لو خلف وفاء عتق فيه، ومن حق السيد أن يبدأ بما ينوبه، فإذا لم يبق إلا ما يوفى به الثانى، فما خلفه الميت مما ينوبه عتق؛ لأن الحمالة وإن حلت بالموت، فإن التعجيل والأخذ بها من حق السيد فله أن يقول: إنما أخذ مما ينوبك الآن، ولا أخذ ما خلفه الميت عن الميت، إلا أن تعجز.

واختلف إذا قتل بالردة:

قال ابن القاسم: يعتق الولد فيه، ولا يتبع بما ينوبه.
وعنه: سعى الولد فيما عليه، ولا يعتق فيما ترك أبوه.
فرع:

قال ابن القصار: إذا زوج المولى بنته بمكاتبه صح النكاح، فإن مات المولى وورثته ابنته انفسخ نكاحها، وقاله (ش).
وقال (ح): لا ينفسخ.

لنا: الملك يمنع ابتداء النكاح، فيمنع استدامته، فلو أرادت أن تتزوج عبدها، امتنع إجماعاً، أو اشترت زوجها انفسخ نكاحها.
احتجوا: بأن الممتثل إليها مال فى ذمة المكاتب، لا رقبته، وثبوت^(١) حقها فى ذمته لا يبطل نكاحها.

ولأنه مكاتب أبيها دونها، لأن الولاء يثبت له دونها.
ولأن رقة المكاتب لا تقبل الملك، لأنه ثبت له حق الحرية، فيمنع انتقال الملك؛ بدليل تعذر بيعه.

(١) فى ط: وينوب.

والجواب عن الأول: أن المنتقل ما كان للميت، والمكاتب مملوك ما بقى عليه شيء لسيده، فينتقل الملك للوارث.

وعن الثاني: لو عجز لرق للوارث؛ فدل على أن ما كان للسيد انتقل للوارث؛ ألا ترى أن المرأة لا تتزوج بمكاتبها، فإذا ماتت انتقل ما كان لها لابنتها، فيمتنع أن تتزوجه ابنتها، وإن كان الولاء لأمها.

ويلزمكم أن تبدئ ابنه السيد بعد موته نكاح مكاتب أبيها، لأنه ليس مكاتباً لها، ولما منع الابتداء منع الاستدامة.

وعن الثالث: أنا نمنع أنه لا يقبل الملك.

سلمناه: لكن ينتقل للوارث ما كان للموروث، والسيدة المكاتب لا تنكح مكاتبها، فينتقل ذلك لابنتها، وابنة المكاتب كابتة^(١) المكاتب.

فرع: قال البصري في تعليقه: إذا أدى في الكتابة الفاسدة عتق، وقاله الأئمة خلافاً لأهل الظاهر؛ لقوله -تعالى-: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإذا أبطلا الكتابة الفاسدة دون الحاكم^(٢) جاز، وقاله (ش).

وقال (ح): لا تبطل إلا بالحاكم^(٣).

لنا: أن لهما إبطال صحيحة، فلهما إبطال فاسده، كسائر العقود؛ لأنه عقد لا يحتاج إلى اجتهاد، فلا يحتاج إلى الحكم كالإجارة.
نظائر:

قال صاحب الخصال: سبع خصال ليس للمكاتب أن يفعلها بغير إذن سيده: الزواج، والعتق، والهبة، والصدقة، والإقرار بجناية الخطأ، أو بجناية في رقبته، والسفر البعيد يحل عليه نجم فيه، فإن لم يرد السيد عتقه ولا هبته ولا صدقته حتى عتق نفذ^(٤) ذلك والتي له أن يفعلها بغير إذنه تسعة: البيع، والشراء، والشركة، والقراض، ومكاتبه عبده، وأن يأمر من يعقد النكاح على إمائه وعبيده ابتغاء الفضل في ذلك كله، والسفر القريب لا يحل فيه نجم، ولا كلفة على السيد فيه، والإقرار

(١) في ط: كاتبه.

(٢) في ط: الحكم.

(٣) في ط: بالحكم.

(٤) في ط: بعد.

بالدين، وإسقاط شفعة واجبة له.

فرع: في المنتقى: إذا كاتبهما بعقد واحد فحنت في أحدهما يمين لزمته قبل الكتابة لا يتعجل عتقه، فإن عجز عتق بالحنث؛ لأن عتقه يعجز صاحبه، وإذا عتق بالأداء لا يرجع على سيده بما أداه عن نفسه؛ قاله أصبغ.

فرع: قال: إذا وجب عليه عقل جرح أدى ذلك العقل قبل الكتابة، فإن عجز^(١) عنه خير سيده بين أداء العقل، ورق المكاتب، أو يسلم^(٢) العبد.

وقبل عجزه عنه هو على كتابته. فإن كاتبه جماعة فجرح^(٣) أحدهم أجنبيًا أدوا جميعًا العقل، وثبتوا على كتابتهم، وإن لم يؤدوا فقد عجزوا، ويخير السيد حيثنذ في دفع العقل ويسترقهم، أو يسلم الجاني وحده، ويرجع الآخرون عبيدًا له؛ لأن العقل مقدم على ملك العبد؛ لأنه مقدم على الملك قبل الكتابة، ويخير السيد في إسلامه، فبعد الكتابة أولى؛ لأنها لا تستقر^(٤) إلا بالأداء.

فإن عجز الجاني عن أداء العقل فأداه الآخر خوفًا من الرق، ثم عتقا بسعايتهما، فإنه يتبعه بأرش الجناية الذي أدى عنه إن كان مما لا يعتق عليه بالملك كالكتابة. فإن جنى أحدهما على الآخر خطأ وهما أجنبيان عقل الجاني جنائته، وبقيًا على كتابتهما، ويحتسب بذلك لهما مما عليهما من آخر نجومهما^(٥)، ويتبع المجروح الجارح^(٦)، بنصف عقل الجرح إن استويا في الكتابة، وإلا رجع عليه بقدر ما ينوب الجارح؛ لأن أرش الجرح تأدى عنهما، وعتقا به.

فإن عجز الجارح عن أداء العقل، فأدى المجروح الأرض كله؛ خوفًا أن يرق بالعجز، فكأنهما أديا الكتابة، وبقي أرش الجناية على الجاني، وهذا إن أديا عنه بعض الجناية، أما إن أديا جميعًا فيرجع عليه بالأرض كله.

فإن كان الجاني أخًا للمجنى عليه أو ممن يعتق [عليه]، لم يرجع عليه بشيء؛

قاله ابن القاسم.

(١) في ط: عجزه.

(٢) في ط: أسلم.

(٣) في ط: فخرج.

(٤) في ط: تنظر.

(٥) في ط: عليهم من آخر نجومهم.

(٦) في ط: الخارج.

ولو جنى أحد الأخوين على الأجنبي، فأدى الثانى أرش الجناية خوف العجز،
بعجز أخيه رجع^(١) على أخيه.
والفرق: أنه مال أَدَّى للأجنبي^(٢) لا فى شىء مما يعتقان به.
وإن جنى أحدهما على صاحبه، فأدى المجنى عليه لم يرجع عليه؛ لأنهما يعتقان
به.

وعن ابن القاسم: إذا رجع عن الرجوع على أخيه فى حياته الأجنبي؛ لأنه اذتك
به من الملك، كما لو اشتراه وهو مكاتب لعنق عليه ولم يتبعه.
فإن جرح^(٣) المكاتب ولده الذى معه فى الكتابة فعقلهم عقل العبد، ويحسب لهم
فى آخر الكتابة، لأنهم أحرزوا أنفسهم فيحاسبهم بما أخذ من عقلهم، فإن زاد العقل
على الكتابة أو^(٤) ما بقى منها أخذ السيد الكتابة، [و]^(٥) عتق العبد، والفضل للمكاتب،
ولا يدفع للمكاتب عقل يستهلكه، فيعجز فيرجع لسيده أعور أو مقطوع اليد.
فرع:

قال: إذا كوّب على نفسه وعلى أم ولده حرم عليه وطؤها؛ لأنه^(٦) بالكتابة
أخرجها عن ملكه^(٧) لسيده فإن مات فلها أن تسعى، وإن لم يمت وعتقت^(٨)
بالأداء، لم يكن له عليها سبيل، وولاؤها لسيد المكاتب؛ قاله ابن القاسم.
فرع:

قال: قال مالك: للمكاتب تعجيل ما عليه، وليس لك الامتناع، كتعجيل الدين،
وإن كان مريضاً وأراد ذلك ليرثه ورثته الأحرار، وتتم شهادته، ويصح إقراره، فليس
لك الامتناع من ذلك، ويقول مريض لماله: إذا عقل كتابته فى الصحة وثبتت: الدفع
لك بينة إما بإقرار السيد فى مرضه، وقال ابن القاسم: إن حملة الثلث جاء تهمة أم

(١) فى ط: فعجز أخيه راجع.

(٢) فى ط: الأجنبي.

(٣) فى ط: خرج.

(٤) فى ط: و.

(٥) سقط فى ط.

(٦) فى ط: كأنه.

(٧) فى ط: ملكها.

(٨) فى ط: عتقها.

لا، وإن لم يحملته الثلث وورثك ولد، نفذ إقرارك، وإن لم يكن لك لم يقبل قولك إلا بيينة؛ قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إن لم تتهم بانقطاع المكاتب إليك جاز كالأجنبي.
فرع:

قال: إن أعتق بعض مكاتبه: قال مالك: هو وصية إلا أن يريد العتق، فهو حر كله، والوصية بعتق بعضه، أو هو بينه وبين آخر، إلا أن يريد العتق فهو حر، وأعتق عند موته، أو وضع ذلك من كتابته فهو عتق ينفذ من الثلث، وإن عجز العبد بعد ذلك، وإن وضع بعض كتابته، ثم عجز عن الباقي، رق جميعه.

فرع:

قال: إذا عتق مكاتب بالأداء، والمكاتب الأعلى لم يؤد، فمات الأسفل ورثه أقرب الناس للأعلى لمانع الرق في الأعلى.

فرع: قال: إذا تزوج بغير إذن سيده، فأجازه السيد جاز، وإن فسخه فللزوجة ثلاثة دراهم.

وإن أذن له ومعه غيره في الكتابة، قال أشهب: ليس للسيد ذلك إلا بإجازة من معه في الكتابة إلا أن يكونوا صغارًا فيفسخ بكل حال.

فرع:

قال: قال مالك: إذا أجاز سيده عتقه: فالولاء للمكاتب إن عتق^(١)، وإن مات قبل العتق فالولاء للسيد، وإن مات المعتق قبل عتق المكاتب ورثه سيد المكاتب، وكذلك مكاتب المكاتب.

فرع:

قال: قال مالك: إن مات رجل وترك مكاتبًا وبنين وبنات، فأعتق أحد البنين نصيبه لم يثبت بذلك من الولاء شيئًا، وإن عجز المكاتب لم يقوم على المعتق؛ لأن عتقه ليس عتاقه، بل إسقاط مال، ومن السنة أن من أعتق شركًا له في مكاتب لم يقوم عليه، إنما الولاء لمن يعقد الكتابة، ولا ولاء لبنت السيد، وإن أعتقت نصيبها من المكاتب، بل للرجال.

(١) في ط: عتقه.

فرع:

قال: قال مالك: إن أوصى رجل لك بربع مكاتبه، وأعتق ربه فهلك الرجل، ثم المكاتب، وترك أكثر مما عليه، فلورثة السيد ولك ما بقي لكم على المكاتب، ولك ثلث الفضل، ولهم الثلثان؛ لأنه إنما ورث بالرق، والذي للورثة ربعان، وللموصى له ربع.

فرع:

في الجواهر: إذا قبض العبد الموصوف الذي كاتب عليه فوجده معيًّا، اتبعه بمثله، أو كاتبه عليه بعينه، رجع بقيمته، ولا يرد عتقه.

فرع:

قال: إذا قال السيد: إن عجلت بعض النجوم أبرأتك من الباقي، فعجل برئ وعتق.

فرع:

قال: لتعذر النجوم أربعة أسباب:

الأول: العجز عنها أو نجم واحد، فيرق^(١) بعد تلوم الإمام له بعد الأجل.

الثاني: الغيبة بغير إذن السيد وقت الحلول، فله الفسخ عند الإمام.

وكذلك إن شرط عليه أنك إن عجزت عن نجم فأنت رق، لا يرق إلا بالسلطان، والشرط في ذلك باطل.

الثالث: الامتناع مع القدرة، فيؤخذ من ماله، ولا يفسخ.

الرابع: الموت، فينفسخ إلا أن يكون معه من يقوم بها من ولد دخل معه بالشرط، أو بمقتضى العقد.

فرع:

قال: إذا ادعى أنه أدى للشريكين^(٢) النجوم فصدقه أحدهما وكذبه الآخر وحلف، فله مشاركة المصدق فيما أقر بقبضه، وله مطالبة المكاتب بتمام نصيبه، ولا تراجع بين المصدق والمكاتب؛ لما أخذه المكاتب من أحدهما؛ لأن موجب

(١) في ط: فيفرق.

(٢) في ط: الشريكين.

قولهما: أنه ظالم.

وتثبت دعوى الأداء بشاهد وامرأتين؛ لأنه مال، ولا تثبت الكتابة، ولكن قبض
النجم الأخير، ويتعلق به العتق، كما تقدم في كتاب الأفضية.
فرع: قال: مات المكاتب وله ولد من معتقة^(١)، فقال السيد: عتق قبل الموت،
[وجزّ إلى ولاء ولده، صدقت موالى الأم]^(٢)، لأن الأصل: بقاء الولاء لهم.
فرع: قال: لا يكفر المكاتب إلا بالصيام، وإن اشترى من يعتق على سيده
صح، فإن عجز رجع للسيد وعتق عليه.
فرع: في الجلاب: لا يبتاع ولده إلا بإذن سيده، وإن ابتاعه بغير إذن سيده لم
يدخل في كتابته، وإن ابتاع غير^(٣) الولد من الأقارب، بإذن^(٤) سيده لم يدخل في
كتابته؛ قاله ابن عبد الحكم.
وقال ابن القاسم: يدخل كل من يعتق عليه^(٥) إذا ابتاعه بإذن سيده.
قال سحنون: إذا كان مع المكاتب غيره لم يدخل الولد معه.
وعن مالك في المستخرجة: لا يدخل معه إذا اشتراه بإذن سيده إلا الولد؛
لأن له استحداث الولد بالوطء.

* * *

(١) في ط: وجرى إلى ولد ولدى، صدقت الأم.

(٢) في ط: عتق.

(٣) في ط: فأذن.

(٤) في ط: على.

كتاب أمهات الأولاد

والنظر فيما تصير الأمة به فراشاً، وبما تكون به أم ولد، وفي الاستلحاق، وأحكام أمهات الأولاد.

فهذه أربعة أنظار: النظر الأول: فيما تصير به الأمة فراشاً. الفراش معناه: أن المرأة صارت بحيث يلحق بك ولدها، ولذلك سببان: العقد في الحرة مع إمكان الوطء عادةً، والوطء في الأمة. والأصل في ذلك: قوله -عليه السلام-: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(١) خرجه مسلم وغيره.

وفي الموطأ: قال عمر بن الخطاب: «أبما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها، ويستمتع بها، فإذا مات فهي حرة». وعنه: «لا تأتيني»^(٢) وليدة يعترف سيدها أنه أصابها إلا ألحقت به ولدها». وفيه خمسة فروع:

الأول: في الكتاب: إذا أقر بوطئها ولم يدع استبراء، لزمه ما أتت به من ولد الأقصى ما تلد له النساء، إلا أن يدعى الاستبراء بحیضة لم يطأ بعدها، وينفى الولد، فيصدق في الاستبراء، ولا يلزمه ما ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم الاستبراء. تنبيه: معنى قول الفقهاء: «لا يلحق إلا ما ولد بعد ستة أشهر»: أن الولد تام، وأما الناقص فيلحق في أقل من ذلك، فإن الجنين ذو أطوار، كل أربعين طوراً؛ كما^(٣) جاء في الحديث.

فمتى وضعته ناقصاً يناسب ذلك الطور، أو أكثر منه كل أربعين طور، ففي الحديث: «يجمع أحلكم في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم أربعين علقة، ثم أربعين مضغة، ثم ينفخ فيه الروح»^(٤).

(١) أخرجه البخاري (٦٨١٨)، ومسلم (١٤٥٨/٣٧) عن أبي هريرة. وأخرجه البخاري (٦٨١٧)، ومسلم (١٤٥٧/٣٦) عن عائشة.

(٢) في ط: تأتين.

(٣) في ط: لما.

(٤) أخرج البخاري (٣٢٠٨) وأطرافه في (٣٣٣٢ و ٦٥٩٤ و ٧٤٥٤)، ومسلم (٢٦٤٣/١)، وأبو داود (٤٧٠٨)، والترمذي (٢١٣٧)، وابن ماجه (٧٦). عن ابن مسعود.

ونص أرباب التشريح على أن الجنين يتحرك في ضعف ما يخلق فيه، ويوضع في ضعف ما يتحرك فيه، فإن تخلق في خمسة وأربعين، تحرك في ثلاثة أشهر، ووضع لتسعة، وإن تخلق في شهر، تحرك في شهرين، ووضع لستة أشهر، على هذا النسق.

وتعتبر الأطوار في إلحاق الولد بهذه القرائن العادية، فمتى جاء طور في زمن^(١) أكثر، لحق به، أو أقل، لم يلحق به.

فإن أقر في مرضه بحملها، ويولد أخرى، وبوطئه ثالثة^(٢)، لم يدع استبراءها وأتت بولد يشبه أن يكون من وطئه، لحق به أولادهن وكن أمهات أولاد. وإن قال في مرضه: كانت هذه ولدت مني، ولا يعرف ذلك إلا من قوله، ولا ولد معها، ووارثه ولد- صدق وعتقت من رأس ماله؛ لأنه لا يتهم في حرمان الولد من ثمنها.

وإن لم يترك ولداً، لم يصدق، وترق؛ للتهمة، إلا أن يكون معها ولدها أو بينة تشهد فتعتق من رأس المال.

وعن مالك: لا تعتق إن لم يكن معها ولد، في ثلث ولا غيره، ورثه ولد أو كلاله؛ كقوله: أعتقت عبدين في صحتي، وقاله أكثر الرواة.

في التنبيهات: قوله يصدق في الاستبراء؛ ظاهره: بغير يمين، وهو مذهب الموازية، وفي طلاق السنة يمين.

وقال محمد بن مسلمة: إن اتهم حلف، وإن نكل لحق به الولد، ولا ترد اليمين. وروى عن مالك، والمغيرة لا يرى نفيه بالاستبراء جملة.

وقال عبد الملك: لا تستبرأ بأقل من ثلاث حيض. والرجل يتزوج المرأة فيطلقها فيزعم أنه لم يمسه فالطالقة بائنة، ولا ترجع إليه إلا بعقد جديد، فإن ظهر بها حمل فادعاه لحق به، وكانت له الرجعة بغير عقد ولا صداق.

قال التونسي: يصدق في الاستبراء بغير يمين.

قال: وانظر هل تحد الأمة مع إقرار السيد بالوطء فإنه استبراء. والحامل يمكن أن

(١) في ط: فمتى جاء طور في زمن.

(٢) في ط: أو بولد ثالث.

تحيض، مع قوله في المطلقة تحيض ثلاث حيض ثم تلد: لا يتنفى الولد إلا باللعان؛ لأن الحامل تحيض.

وعنه: لا يلحقه إذا حاضت حيضة مستقيمة.

قال: وهو ضعيف.

قال: فإن قيل إذا تزوجت زوجًا ثانيًا بعد حيضة مستقيمة فالولد للثاني إن ولدته ستة أشهر، قيل: الثاني أقوى؛ لأن الحيض على الحمل نادر، وهو من الثاني غالبًا فغلب، وحمله على الولد عند عدم الثاني أولى من إلزامها الزنى؛ لأن الشرع طلب الستر، فجعل المغيرة الأمة الثانية في ملك الرجل لا ينتفع فيها بالاستبراء؛ كما لا ينتفع في الحرة بعد الطلاق بالاستبراء إذا لم تتزوج غيره حتى يمضي ما لا يلحق فيه الولد وهو خمس سنين، وإذا وطئها ثم استبرأها بحيضة، ثم ظهر بها حمل قبل ثلاثة أشهر من حين حاضت، أو تحرك لأقل من أربعة أشهر، لزمه الولد، وحمل على أن الاستبراء وقع مع الحمل؛ لأنه لا يمكن أن يظهر الولد لأقل من ثلاثة أشهر، أو يتحرك لأقل من أربعة أشهر.

وقوله: كنت أعتقت هذا العبد في صحتي: قيل: إنه باطل.

وقيل: إنه من الثلث.

وقيل: إن حمله الثلث، جاز، وألا بطل كله؛ لأن حمل الثلث له ينفي تهمته، إذ لو شاء عينه من الثلث.

وإن كان عليه دين وقال: ولدت مني، لم يصدق؛ كما لو قال: كنت أعتقت. واختلف إذا باعها، فقال: ولدت مني ولا ولد معها، والأشبه: ألا تعتق؛ لأنه لا يصدق في العبد فأولى في الأمة؛ لأنه يستمتع بها.

قال ابن يونس: إنما سقطت عن السيد اليمين؛ لأنه كدعواها عليه العتق والطلاق، وكذلك الحدود لا يمين لمدعيها، ووجه اليمين: أن الحرائر يلزم فيهن اللعان، فإن نكل عن اليمين دخله الخلاف إذا شهد واحد بالعتق فنكل أنه يحبس أم لا، [فأنه] ^(١) يحبس ههنا على ذلك القول حتى يحلف، وإن أقر بالوطء مع العزل لحقه الولد.

قال محمد: وإن قال: كنت أفخذ ولا أنزل فيها، أو أطأ في الفرج ولا أنزل: لم

(١) سقط في أ.

يلحقه الولد.

قال محمد: وإن قال: كنت أظاً في الدبر، أو بين الفخذين حمل على لحقه ولا لعان له في الحرة.

والفرق بين: ولدت منى، وبين: أعتقت في صحتي: أن الولادة شأنها الإسرار، والغالب في العتق: الإشهار، فلما^(١): لم يعلم إلا من قوله في المرض، اتهم، ولم يكن في الثلث؛ لأنه لم يرد الوصية، وإن كانت في الصحة وأقر بقبض الكتابة في المرض، وورثه كلاله، وحمله الثلث- جاز في أحد قوليه.

والفرق بين ثبوت الكتابة في الصحة، وإقراره بالكتابة كوصيته بوضع الكتابة. قال اللخمي: لم يختلف المذهب في تصديقه إذا نفى الوطء، كانت رائعة أو من الوحش.

قال محمد: لا يمين عليه؛ لأنها دعوى عتق.

قال: وأرى اليمين في الرائعة؛ لأن العادة تصدقها، وللوطء تشتري.

والفرق: أن العتق نادر، والوطء غالب.

ولو قيل: لا يصدق في العلى وإن طال المقام، لكان وجهاً، وإن علم من السيد ميله لذلك الجنس حلف، وإن اعترف بالوطء وأنكر الولادة ولا ولد معها، صدق مع يمينه إن ادعت عليه العلم، وإن كان غائباً لم يحلف.

وقال عبد الملك: يقبل قولها مات السيد أم هو حي، وإن باعها، فإن شهدت امرأة بالولادة، [فخلاف]^(٢)، أو امرأتان، كانت أم ولد عند ابن القاسم، ومنع سحنون إلا أن يكون معها ولد، وإن شهد رجلان على إقراره بالوطء وامرأتان بالولادة، كانت أم ولد، وثبت نسب الولد.

قال محمد: يصدق قولها إذا صدقها جيرانها، أو أحد حضرها، وليس يحضر مثل هذا الثقات، وإن شهد رجلان على الوطء، ولا بينة على الولادة ولا ولد معها، لم يقبل عند مالك قولها، ويحلف إن كان معها ولد، وإن شهد شاهد على الوطء وامرأتان على الولادة وليس معها ولد وحلف على تكذيب الشاهد-فخلاف، وإن

(١) في أ: قلنا.

(٢) سقط في أ.

شهد شاهدان على الوطء وامرأة على الولادة، حلف على تكذيب شهادة المرأة، إن لم يكن معها ولد، ويختلف إن كان معها، ولد: هل يصدق^(١) ويحلف، أو يقبل قولها؟ وإن شهد رجل على الوطء وامرأة على الولادة ومعها ولد، حلف على تكذيب شاهد الوطء، وإن لم يكن معها ولد، ففى يمينه قولان، واليمين أحسن؛ لأنها أقامت ظناً، فإن حلف على تكذيب إحدى الشهادتين، لم يحلف للأخرى، وإن اعترف بالوطء والولادة ولم يدع الاستبراء، فلا يمين إن أتت به لأقل من مدة الحمل أو أكثرها، إلا أن يختلفا فى وقت الإصابة، فيصدق مع يمينه؛ لأن الأصل: بقاء ملكه.

وإن اعترف بالوطء فى الدبر، أو بين الفخذين، فقولان.

وقال محمد: إن كان الموضع يصل منه الماء إلى الفرج، لحق به الولد، وقيل: لا يلحق؛ لأن الماء [يفسد]^(٢) بملاقة الهواء، قال: والأحسن: اللحق؛ لأن فساده بالهواء مظنون، فلا تبطل به الأنساب.

وإن أنزل بين شفرى الفرج، لحقه قولاً واحداً.

وإن قال بعد البيع: ولدت منى:

قال مالك: ترد إليه إلا أن يتهم عليها، وقال أشهب: لا ترد إلا أن يكون معها ولد. وعن مالك: يصدق فى ولدها دونها، لأن إقراره بالنسب يبعد التهمة فيه بكثرة أحكامه، ويرد نصيبه من الثمن.

وبه قال ابن القاسم إلا أن يثبت إقراره بالمسيس قبل البيع فترد مع الولد، وإن كان معدماً اتبع بالثمن.

وعن ابن القاسم: ترد إليه إلا أن يتهم بالعشق أو بزيادة أو إصلاح حال ما فى نفسها وهو موسر، وإلا لم يقبل قوله لتقرر الولاء.

وعن عبد الملك: إن سمع إقراره [بمسيسها]^(٣) قبل بيعها، ردت إليه فى ملائه وعدمه، اتهم أم لا، معها ولد أم لا، عتقت أم لا؛ كأم ولد بيعت.

قال: وأرى: تصديقه تقدم إقراره بالوطء أم لا، لأنها إن كانت من العلى، فشأنهن الوطء، أو من الوحش، فإن ولدهن يكتم خشية المعرة إلا أن يعلم أن له

(١) فى ط: هل تصدق.

(٢) بياض فى أ.

(٣) سقط فى أ.

هوى فى تلك الأمة، ويقبل الإقرار بالولد إذا ولد لسته أشهر من يوم ملك أمه، أقر عند قيام الغرماء، أو فى مرضه، أو ورثه كلاله، أو باعه والورثة ولد. واختلف إذا كان كلاله، لم يقبله مالك، وقبله غيره، إذا لم يعلم له نسب لغيره. قال سحنون: وعليه العمل.

الثانى: فى الكتاب: إن باعها فولدت لسته أشهر فأكثر، وادعى البائع الوطء أو أقر بالوطء، أو باعها حاملاً ثم ادعى الولد بعد الوضع -لحق إن لم يتهم، ورد البيع، وصارت له أم ولد.

أو باعها ومعها ولد، ثم استلحقه بعد الموت بعد سنين كثيرة، لحق إن لم يتهم بانقطاع الولد إليه، وهو لا ولد له. وقال أشهب: إن ولد عنده من أمته ولم يكن له نسب، لحق به، ويرد الثمن، وتكون له أم ولد، وإن كان ورثته كلاله، وقاله كبار أصحاب مالك. قال سحنون: هذا أصل قولنا؛ كقول ابن القاسم فى المديان: يستلحق، ولا يلحق الأمة الدين، وكذلك أمهات الأولاد لا يلحقهن الدين، بخلاف المديان يعتق، وقاله جميع الرواة، فهذا كان أولى بالتهمة من المستلحق فى المرض لإتلافه أموال الناس، إلا أن استلحاق النسب يقطع كل تهمة.

قال أشهب: إذا طلق امرأته قبل البناء وادعى حملها، جاز ارتجاعها بغير صداق ولا عقد؛ لأن الولد قاطع للتهم.

قال ابن يونس: قال محمد: إن كان مليئاً غير متهم بهوى، رد البيع -أيضاً- اتفاقاً، وتكون أم ولد.

ولا ترد عند ابن القاسم حتى يسلم من هذين، وإلا رد إليه الولد خاصة بما ينوبه من الثمن، وقاله ابن القاسم إلا أن يثبت إقراره بالمسيس قبل البيع؛ فترفع ولدها ويتبعه بالثمن.

قال محمد: إن ادعاه المشتري وقد ولد عنده لسته أشهر، فهو أحق به من البائع. وحجة سحنون على ابن القاسم باستلحاق المديان على استلحاق المريض لا تلزم من وجهين:

أن المديان استلحق ما فى ملكه بخلاف المريض، وأبقى ذمته لغرمائه، بخلاف المريض.

وجوابه: أن المديان يمتنع تبرعه، والمريض يتبرع فى الثلث، فهو أملك لما فى

يديه، فتهمته أضعف، وذمة المديان لا أثر لها ولا يرضى بها أحد، ولو كانت شيئاً معتبراً للزم ذلك فى عتقه، بل العلة: أن الاستلحاق لا يهتم فيه؛ لأن فيه ضياع مالية الأمة والتزام نفقتها ونفقة الولد، وقطع ميراث رحمه، ودفعه لأجنبى، ولا سيما حالة الموت، ولذلك لا يهتم المديان فى ضياع مال الغرماء.

قال ابن القاسم: إن أحاط الدين به وادعى أن ولد هذه الأمة منه، صدق فى الأمة وفيه، بخلاف المبيعة، ولو لم يكن لها ولد، لم يصدق مع الدين المحيط، ولا تصدق أنها أسقطت إلا أن تشهد النساء به، أو فشا ذلك من قوله قبل دعواه.

الثالث:

فى الكتاب: إن أقر بوطئها وباعها قبل الاستبراء وأنت بولد يشبه أن يكون من وطئه، فأنكره البائع - لحقه ورد البيع إلا أن يدعى الاستبراء، وإن أقر بوطء أمته وأنكر أن تكون ولدته، فهو كقول مالك فى المطلقة تدعى الإسقاط وانقضاء العدة، ولا يعلم ذلك إلا من قولها. فلا يكاد يخفى على الجيران السقط والولادة، وهى وجوه تصدق النساء فيها.

فى التنبيهات: قيل: يصدق بحضور الولد بكل حال، وهو عن مالك، وإن لم يعلم الجيران حملاً ولا ولادة ولا طلاقاً، كان الولد للفراش إذا كان معها الولد، وإلا فلا بد من شهادة امرأتين عدلتين.

وقيل: إن ادعت على سيدها علماً، أحلفته، وإلا فلا.

وقيل: فرق ابن القاسم: إن أقر بالوطء صدقت؛ لاعترافه أنه أودعها الولد، وهى تقول: هذه ودبعتك.

وإن لم تعترف بالوطء، لا تصدق إلا بالمرأتين.

وقيل: سواء على قوله، أقر أو قامت عليه بينة بالإقرار، قاله سحنون.

وعن ابن القاسم: لا تصدق فى الولادة كما لا يحلف فى العتق إلا أن يشهد رجلان على الإقرار بالوطء، وامرأتان على الولادة إلا أن يدعى استبراء.

وظاهره: لا يصدق^(١) وإن كان معها ولد إلا بما ذكر، وإذا لم يولد عنده ولا عند المشتري:

(١) فى أ: لا تصدق.

فعن مالك، وابن القاسم: يلحق به إلا أن يتبين كذبه.
وعنه: إذا لم تكن الولادة عنده أو عند المشتري، لا تنقض الصفقة، ولا يلحق النسب؛ لحق المشتري في العقد.

وإن قال: أولاد أمتك منى زوجتيها، وأنكر ذلك السيد، ثبت نسبهم منه، وإن أشكل قول الأب، صدق عند مالك، واختلفت الرواية فيما ظاهره كذب مع تجويز صدقه؛ كادعائه مولوداً في أرض الشرك، ولم يعلم دخوله تلك البلاد، ومثله: دعواه غلاماً لم تزل أمه ملكاً لغيره حتى ماتت، وقال: لا أدري ما هذا، وفرق بينه وبين من لم تزل زوجته، وجعله مثل دعواه الولادة في أرض العدو.

وقيل: تستوى المسألتان، والحررة والأمة إن لم يكن نسب معروف.
قال ابن يونس: إذا ادعى الاستبراء ولم يلحق الولد هل تحد الأمة؟ توقف فيه الأصحاب، قال بعضهم: ذلك [شبهة]^(١) تدرأ الحد.

فرع: قال ابن يونس: وإن ولدت أم ولد رجل ولدًا، فنفاه، جاز إن ادعى الاستبراء، وإلا لحقه، ولا ينظر إلى إقراره بالوطء بخلاف الأمة، لأنه جعلها أم ولده يستلحقه حتى يدعى استبراء، وإن مات سيد أم الولد، وأعتقها، فأتت بولد لأربع سنين، أو لما تلد له النساء، لحقه، إلا أن يدعى الحى استبراء، أو ينفى الولد، ويصدق في الاستبراء.

قال اللخمي: قال محمد: أمة معها ثلاثة أولاد ادعت أنهم من سيدها، فأقر بالوسط، وقال: لم تلد الآخرين منى، صدق في الأول؛ لأنها أمة لا أم ولد، وصدقت في الثالث، لأنها صارت فراشاً، إلا أن يدعى استبراء، وإن اعترف بالأخير، صدق في الأولين.

وظاهر قوله: أنه يصدق في نفى الولادة، وإن اعترف بالوطء، وهو أحد القولين، وإن أنكر الوطء تساوى الأول والثالث.

الرابع: في الكتاب: إذا زوج أمته بعبده أو بأجنبي، ثم وطئها السيد، فالولد للزوج؛ لأنها فراشه، إلا أن يكون منعزلاً عنها مدة يبرأ فيها الرحم، فيلحق بالسيد؛ لأنها أمته ولا يحد، وكذلك إن أتت بولد لسته أشهر، وقد دخل بها زوجها، فسد

(١) سقط في أ.

نكاحه؛ لأنه تزوج حاملاً، ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء، إلا إن ادعى استبراء، وإن وطئ أمة مكاتبه، لحق به الولد؛ لشبهة الملك، وكانت له أم ولد، ولا يجتمع الحد والنسب، وعليه قيمتها يوم حملت دون الولد، فإن كان عديماً والذي على المكاتب كفاف القيمة، عجل عتقه، وقاص المكاتب سيده بذلك، وإن زادت القيمة، اتبع سيده بالزيادة، وقال غيره: ليس للسيد تعجيل ما على المكاتب، وتوقف القيمة في ملائه، وتباع الكتابة لذلك في عدمه.

فإن كانت كفافاً كانت أم ولد للسيد، وللمكاتب أخذ قيمة أتمته معجلاً، والأداء على نجومه إلا أن يشاء أن يأخذ ما يبيع من كتابته لتعجيل عتقه فذلك، فإن كانت الكتابة نصف قيمة الأمة، بقي نصفها رقيقاً، ونصفها للسيد بحساب أم الولد، واتبع السيد بنصف قيمة الولد، فإن وطئ أمة ابنه الصغير أو الكبير درئ عنه الحد؛ لأن له في ماله شبهة الإنفاق والإعفاف، وقومت عليه يوم الوطء، حملت أم لا، مليئاً أو معدماً.

قال ابن يونس: إذا وطئها السيد، ليس للزوج نفية إلا باللعان؛ كروية الزنى، وأما بوطء السيد فلا.

قال أصبغ: والاستبراء في هذا: حيضة أو قدرها، نحو: الشهر، فيلحق حيثئذ بالسيد، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، وترد الأمة إلى زوجها إذا وضعت، وإذا مات سيدها عتقت، ولها اختيار نفسها، والزوج عبد، ولا يقبل قول الزوج: أن الولد منه، و[لو] قال: كنت أغشاها من موضع سراً، إلا بيينة؛ لأن فيه إبطال الولاء والعتق على السيد بالاستيلاد، وإن مات الزوج أو طلق رجعت للسيد، وحل له وظؤها.

قال محمد: ووطؤه لأمة عبده انتزاع لها.

فروع:

في العتية: قال مالك: إن مات عن أمة حاملٍ منه حملاً بيّناً، تمت حريتها في الشهادة وغيرها، وتعجب من قول غيره: لا تتم حريتها حتى تضع.
وقال المغيرة: توقف أحكامها لاحتمال أن يكون ربحاً أو مرضاً.
قال ابن يونس: يحتمل قول مالك في مقاصة المكاتب: إن رضى المكاتب، فيتفق القولان.

قال محمد: إن وطئ أمة ابنه الصغير، ولزمته القيمة، حل له وطؤها.
قال سحنون: بعد الاستبراء، وليس للولد أن يتمسك بها إذا لم تحمل، قاله ابن القاسم.

قال محمد: ولا له أخذها فيما ثبت له^(١) من القيمة.
قال مالك: إذا وطئ أحد الشريكين، فلآخر التمسك بنصيبه إن لم تحمل، بخلاف الابن، لأنها تحل له، وتحرم على الابن يخيف أن يغيب عليها.
قال ابن القاسم: إن كان الابن كبيراً أو الأب عديماً قومت عليه يوم الوطء، وبيعت في القيمة إن لم تحمل، وكذلك المرأة تحل جارتها لزوجها أو لغيره فتحمل، غرم قيمتها ملياً يوم أحبلها، وبقيت أم ولد، ولا قيمة عليه في ولده، وإن لم تحمل فقيمتها يوم الوطء، أو عديماً ولم تحمل، بيعت عليه، وإن لم توف بالقيمة، اتبع بالبقية، وليس للمحل التمسك بها وإن لم تحمل؛ لأن رد ماله تحقيق لعارية الفروج، ويخاف أن يحبلها^(٢) ثانية.

وقال عبد الملك: للابن التمسك في عدم الأب وملائه إذا لم تحمل إن كان مأموناً عليها، بخلاف المحل له؛ لأن المحلل له تعدد ذلك فعوقب بالأ تعود إليه، وخوفاً أن يحبلها^(٣) ثانية، وذريعة لعارية الفروج، والابن لم يبح أمته فيخشى منه، فإذا كان مأموناً ردت إليه؛ كالشريك، وإذا قومت على الأب، إن حملت وكان الابن قد وطئها قبل ذلك، عتقت على الأب؛ لأنه حرم عليه وطؤها وبيعها، ولحق به الولد، ولو لم تحمل حل له بيعها دون وطئها، قاله مالك.

قال عبد الملك: وإن وطئها الابن بعد وطء الأب، سقطت القيمة عن الأب بمصاب^(٤) الابن، وتباع على الابن فيعطى ثمنها ما بلغ، أقل من القيمة أو أكثر.
وقال أصبغ: [تقوم]^(٥) على كل حال، ويأخذ قيمتها يوم وطئها إن اختلفت القيمة، لأنه يوم التفويت، وتباع على الابن لأنه وطئها بعد لزوم قيمتها للأب يوم

(١) في أ: ولا له أخذها فيما يثبت.

(٢) في أ: أن يحلها.

(٣) في أ: أن يحلها.

(٤) في أ: بمضار.

(٥) سقط في أ.

وطء الأب وضمنها، ثم يتحاسبان، فمن كان له فضل أخذه، أو عليه نقص أداه، فإن وطئها في طهر واحد، فالحق القافة ولدها بالابن، فهو للواطئ أولاً، وتعنت عليه، ولزم الأب قيمتها له؛ لأنه أفسدها عليه، وإن كان هو الأب لزمته القيمة، ويلزم قيمتها للأب يوم وطئها الابن، ويتحاسبان كما تقدم.

وإن ألحقته بالثاني، وكان هو الابن، تحاسباً، أو كان هو الأب، غرم قيمتها للابن على كل حال بما أفسدها، قاله عبد الملك.

وإن وطئ الابن أمة الأب، حد، وأما الجدة من قبل الأب والأم فلا يحد من وطء أمة ابنه، ولا يقطع من سرقة ماله؛ لأنهم آباء وإن لم تلزم نفقتهم؛ لأن الأب لا تلزمه نفقة ابنه الكبير أو ابنته الثيب، ولا يقطع في سرقة من مالهما، ولا يحد في جواريهما.

وقال أشهب: يحد فيهما؛ كالأجنبي، وإنما جاء: «أنت ومالك إلى أبيك»^(١) في الأب؛ ولأن الجدة لا نفقة له.

قال محمد: إن وطئ الجد أمة ولده العبد فحملت، فعليه قيمتها ولا يحد، وهي له أم ولد، وإن كان معلماً، بقيت رقيقاً للابن، واتبعه بقيمة الولد بعد وضعه، فإن عتق الابن وهي حامل بعد النظر فيها، بقى الأمر على ما كان، فإن أيسر الأب فاشترها، فله بيعها إن شاء، وإن عتق الابن [قبل]^(٢) النظر فيها، [كانت له]^(٣) أم ولد، واتبعه بقيمتها فقط في عدمه.

وعن ابن القاسم: يضمن قيمتها، حملت أم لا، ولا يكون لسيد العبد خيار، فإن كان ملياً، أعطى السيد العبد قيمته، أو معسراً اتبعه بها إن حملت، ويبيعت إن لم تحمل؛ لأنه أفسدها بوطئه.

قال محمد: فإن كان الأب الرقيق لم تكن له أم ولد؛ لأنه عبد، ولا يتبع بقيمتها؛ لأنه ليس من معنى العطب، ولا حد عليه للشبهة.

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٩/٢) كتاب البيوع: باب في الرجل يأكل مال ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٧٦٩/٢) كتاب التجارات: باب مال الرجل من مال ولده (٢٢٩٢)، وأحمد في المسند (١٧٨/٢)، والبيهقي في السنن (٤٨٠/٧).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

ولو قال الابن: أسلمها إليه وأتبعه بقيمتها؛ لأنه حرّمها على امتنع؛ لأن ما فى بطنها عتق على أخيه، فإن سلمها بلا ثمن، لم تكن له أم ولد.

وقال ابن القاسم: ذلك جناية، والقيمة فى رقبة العبد؛ لأنه أفسدها، وإن شاء السيد فداء بقيمة الجارية، وتكون الجارية للعبد، والعبد للسيد، وإن أسلمه كان حرّاً على ابنه، وتبعه الجارية وتكون أم ولد إن كانت حاملاً؛ لأنها من ماله، والولد لسيد العبد، أسلمه أو فداء، ولا يخير الابن فى أخذ الجارية، فإن ماتت قبل تخيير السيد، ضمنها العبد فى رقبته كالجناية؛ فإن فداء السيد بقيمتها، فهى للسيد، وإن أسلمه، عتق على ابنه.

قال محمد: لا يعجبني هذا، وأى جناية فى تحريمها على الابن، ولا قيمة للوطء؛ كما لو رجع شاهد الطلاق بعد الحكم لم يغرّم شيئاً. قال ابن القاسم: وإن وطئ الأب أم ولد ابنه، غرم قيمتها على أنها أمة، وعتقت على الابن؛ لثبوت الولاء، وعتقتها لتحريمها عليهما وإن وطئ زوجة ابنه لم تحرم على الابن فى أحد قولى مالك، بخلاف أم الولد؛ لعدم الحد فى أم الولد، وثبوته فى الزوجة، فإن ولدت أم الولد بعد وطء الأب، لحق به الابن، إلا أن يكون معزولاً عنها قبل الوطء مدةً مثلها استبراء، فيلحق بالأب، وقيل: إن أشبه أن يكون من وطء الأب، دعى له القافة، وإن لم يكن معزولاً عنها؛ لأنه كوطء مالكين، بخلاف وطء السيد أمة وهى زوجة لعبد أو لأجنبى، والزواج مرسل عليها بعده^(١)، يلحق الولد بالزوج؛ لأن فراشه مقدم لصحته.

وإن ولدت أمة ولداً فادّعاه أبو سيدها:

قال محمد: لحقه، وقومت عليه وتكون له أم ولد، أنكر ذلك الابن أم لا، إلا أن يدعيه فهو أحق للفراش الصحيح، قال ابن القاسم: إن كان الولد عبداً، لم يحد، وقيمة^(٢) أم ولد ابنه فى رقبته يفديه السيد، أو يسلمه، وتعتق أم الولد على الابن لتحريمها عليه، ولا يتهم الأب أنه أراد أن يكون عبداً لابنه؛ كما لو قطع له عضواً لكان فى رقبته.

وكذلك وطؤه لأمة البكر، عليه ما نقصها، ولا يلزمه من الثيب شيء. قال

(١) فى ط: هزه.

(٢) فى أ: وقيمتها.

ابن عبد الحكم: إن وطئ نصراني أم ولد ولده النصراني، وأسلماء، عتقت على الولد؛ لتحريمها عليه، ولا قيمة على الوالد؛ لأن الولد لو وطئها بعد وطء أبيه، لم يمتنع في نصرانيتها^(١)، ولو كانت أمة فأسلمت وهي حامل، فليعتق ما في بطنها على أخيه، ولا يقوم على الأب، وهي أمة للابن، ومن وطئ مدبرة ابنه فحملت، ضمن قيمتها أمة، وتكون أم ولد الأب، وإن لم تحمل، وقفت القيمة إن مات الابن وحملها الثلث، رجعت القيمة للأب، وإن لحقه دين برقها، كانت للأب بالقيمة الأولى.

قال محمد: وإن زوج أمته وقال: هي ابنتي فولدت، لم يحد، ولحق الولد بالزوج بقيمته، ولا تكون أم ولد بل زوجة، إن شاء فارقها وعليه قدر ما يستحل به فرجها، ورجع ببقية الصداق على سيدها؛ لأنه غره، أو ثبتت على النكاح بالصداق المسمى، وما ولدت قبل أحرار، وتلزم قيمتهم، وما ولدت بعد علمه ورضاه، فريق للسيد؛ لأن الولد يتبع أمه في الحرية والرقية، وإن زوجه ابنته وأدخل عليه جاريته، فولدت، فهي له أم ولد، وتلزمه^(٢) قيمتها يوم الحمل دون ولدها؛ كمن أحل جاريته، وسواء علم الزوج قبل الوطء أنها غير زوجته أم لا، ولا يحد، وتلزمه قيمتها، حملت أم لا، وتكون ملكًا له.

قال محمد: إن وطئ الموصى له الموصى بها قبل موت الموصى، ثم مات ودفعت له - هو زانٍ، ويحد، ولا يلحقه النسب؛ لأن الوصية لا تملك إلا بعد الموت، فإن وطئها بعد الموت والدين يغترقها، فلا حد عليه، ويلحقه الولد، وإن كان موسرًا غرم قيمتها، وكانت له أم ولد، أو معدمًا، بيعت بعد الوضع دون ولدها، واتبع بقيمته؛ كالابن يطأ من تركه أبيه، والدين يغترقها؛ لأن الدين ليس في عين الجارية، والإرث والوصية في عينها.

قال اللخمي: إذا زوجها السيد ووطئها هو والزوج قبل الاستبراء وأتت بولد لسته أشهر فأكثر، فثلاثة أقوال: تدعى له القافة، قاله مالك.

(١) في أ: في قصد ابنها.

(٢) في أ: ويلزمها.

وعن ابن القاسم: هو للثاني، وإن كان بين الوطأين يوم.

وقال ابن مسلمة: للأول؛ لأنه صحيح، والثاني فاسد.

وإن صح النكاح؛ لوقوعه بعد الاستبراء، وأصاب الزوج ثم السيد في طهر: قال مالك: لحق بالزوج، وفرق بين تقدم الملك فتدعى له القافة، أو تقدم النكاح فهو للأول، وإذا قلنا للأول: ففي مقدار الفصل بين الوطأين شهر لأصبح، وللمغيرة قدر ما لا يحمل له النساء.

وإذا وطئ أمة عبده وعليه دين يغرقتها، غرم قيمتها للغرماء، فإن كان معسرًا، وقيمتها وقيمة العبد سواء، بيع العبد في قيمتها، وإن كان ثمنه يفي بنصف قيمتها، بيع لهم نصفها في باقى الدين، فإن وطئ مكاتبه عبده ولم تحمل، بقيت على كتابتها، ولا يحد لشبهة الملك، وإن حملت، خبرت بين الكتابة والتعجيز، وتكون أم ولد.

ويختلف: إذا وطئ أم ولد ابنه، في عتقها على الابن، وتغريم القيمة، وصفة القيمة:

فقل: لا تعتق [وإن حرم الوطء]^(١)، وهو على الخلاف في تزويجها، فمن أجازها: لم يعتقها؛ لأنه بقى له عوض البضع بالزواج، وإن جنى عليها انتفع بقيمتها، وإن ولدت خدمت ولدها، فما لزم ثمن التحريم عدم النفع. والصحيح: العتق؛ لندرة هذه الأمور.

وإن وطئ معتقة إلى أجل لولده فلم تحمل، لم يكن عليه شيء؛ لأنها محرمة على الابن قبل الوطء؛ كالمكاتبه، وإن حملت، فلا شيء عليه لثلا ينتقل الولاء، ويعتق الولد على أخيه.

الخامس: فى الكتاب: إذا وطئ الشريك فلم تحمل، فلشريكه التمسك بنصيبه، بخلاف الابن إن كان الابن كبيرًا والأب عديمًا، قومت عليه يوم الوطء، وبيعت عليه فى تلك القيمة إن لم تحمل، وكذلك المرأة تحل جاريتها لزوجها أو ابنها أو أجنبي. والفرق: [حلها للشريك]^(٢) وتحريمها على الابن.

(١) سقط فى أ.

(٢) بياض فى أ.

وإذا بيعت عليهم فى العدم فلم يوف الثمن بالقيمة، اتبعت بالبقية، وليس للمحل التماسك بها وإن لم تحمل؛ لأنه لا يؤمن عليها، وإذا قومت أمة الابن على الأب وقد حملت منه وكان [الابن]^(١) قد وطئها قبل ذلك [عتقت على الأب؛ لأنه حرم عليه وطؤها ويبيعها، ولحق به الولد، ولم تحمل من الأب، حل له بيعها وقد وطئها]^(٢) وإن وطئ الأب أمة ولد ابنه، غرم لابنه قيمتها وعتقت على الابن لا على الأب؛ لتحريمها عليهما، ولثبوت الولاء له أولاً.

النظر الثانى:

فيما تكون به أم ولد.

فى الجواهر: من أقر بوطء أمته وولدت لمدة لم تزد على مدة الحمل ولا تنقص عن ستة أشهر، صارت به أم ولد، أتت به فى حياته أو بعد وفاته، أو بعد أن أعتقها، إلا أن يدعى استبراء لم يطأ بعده، فإن ادعت الوطء بعد الاستبراء، لم يكن لها تحليف؛ كدعوى العتق.

وقال المغيرة: لا بد فى الاستبراء من ثلاث حيض، وتحلف على ذلك.

وقال سحنون: أصحابنا كلهم يقولون: تجزئ حيضة؛ لدلائها على براءة الرحم، ولا تحلف، وما أتت به من ولد حى أو ميت، مخلوق أو غير مخلوق مما يقول النساء: إنه منتقل فى الأطوار؛ كالعلقة، والمضغة- فهى بذلك أم ولد. وخالفنا الشافعى فى المضغة، وإن قال النساء: إنه مبدأ خلق، ووافقنا فيما إذا كان فيها أصبع أو عضو؛ لأن اللحم قد يتولد مما يسمى الحياء معلوم عند الأطباء، والأصل: بقاء الملك.

وجوابه: الغالب التوليد والسلامة من الأمراض لا سيما هذا المرض.

وفى المنتقى: قال أشهب: إذا طرحت دمًا مجتمعاً أو غير مجتمع لا تكون به أم ولد، فإذا صار علقه خرج عن الدم المجتمع، لأن الدم قد ترخيه الرحم من غير ولادة.

وقول ابن القاسم فى المدونة وغيرها: تكون به أم ولد؛ لما فى الصحيح: «أن

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى أ.

الجنين يكون علقه أربعين يوماً، ثم يكون مضغة أربعين يوماً». وقد تقدم في النظر الأول.

فروع من هذا النظر. ونذكر ههنا فرعين:

الأول:

في الكتاب: إن اشتريت امرأتك لم تكن أم ولد بما ولدته قبل الشراء، وتكون أم ولد إن اشتريتها حاملاً. قاله ابن القصار.

وقال (ح): تكون أم ولد بما ولد قبل الشراء إذا اشتراه معها، وبما هي حامل به.

وقال (ش): لا تكون أم ولد بالحمل، ولا بما تقدم.

وروى عن مالك.

لنا على (ح): قوله -عليه السلام-: «أيما رجل ولدت منه أمتة فهي معتقة عليه عن دبر منه»^(١)

(عن دبر منه) مفهومه: إن ولدت وليست أمتة، لا تعتق عليه.

ومنطوقه: أنها أم ولد إن اشتراها حاملاً؛ لأنها ولدت منه وهي أمتة.

وفى الصحيح عنه -عليه السلام- في مارية: «أعتقها ولدها»^(٢) لما ولدت إبراهيم، والضمير في قوله: (أعتقها) يعود عليها بصفتها، ومن صفتها: أنها أمتة عليه السلام، مفهومه: أنها لو كانت أمة غيره لم يعتقها ولدها.

احتجوا: بقوله -عليه السلام-: «أعتقها ولدها» فجعل السبب في عتقها ثبوت نسب ولدها منه عليه السلام، وهو معنى موجود في الولد السابق.

ولأنها إنما كانت أم ولد إذا أحبلها في ملكه؛ لأن نسب ولده ثابت منها، فكذلك ههنا، ولأن نسبه من ولده يثبت في ملك الغير، فكذلك الاستيلاد؛ لأنهما حكمان تابعان للولد.

والجواب عن الأول: أن الضمير يمتنع عوده على الذات المشتركة بينها وبين

(١) أخرجه أحمد (٣١٧/١)، وابن ماجه (٢٥١٥)، والدارقطني (٤/١٣٠-١٣١)، والحاكم (١٩/٢)، والبيهقي (٣٤٦-٣٤٧/١٠) عن ابن عباس. وإسناده ضعيف. والصحيح أنه من قول ابن عمر. قاله الحافظ في التلخيص (٤٠١/٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، والبيهقي (٣٤٦/١٠)، وفي إسناده حسين بن عبد الله الهاشمي. وهو ضعيف جداً. قاله الحافظ في التلخيص (٤٠١/٢).

غيرها، بل لا بد من معنى، هو صفة مشتقة تناسب العتق، وما ذاك إلا كونها أمته عليه السلام، والحكم ينتفى لانتقاء علته.

وعن الثاني: أنه ينتقض بزواجه كافرة حربية، أو ذمية فيولدها، ثم ينسى فيشتريها، فإنها لا تكون به أم ولد.

ولأن الفرق: أنه إن أولدها في ملكه حملت بولد حر فيناسب أن يفيد الحرية لها، وفي ملك غيره رقيق، فيضعف عن إفادة الحرية.

وعن الثالث: الفرق: بأن قوة النسب أعظم من قوة كونها أم ولد؛ لأن الابن إذا ملكه يعتق في الحال، وأم الولد لا تعتق في الحال.

ولنا على (ش): إجماعنا على امتناع بيعها وهي حامل، والأصل: بقاء ذلك.

ولأن النصوص المتقدمة عامة في الحمل المفارق للشراء، والمتأخر.

ولأن وطأه أو ملكه في الأم بأثر الحمل، فيعتق، ويكون كالتأخر.

احتجوا بقول جابر: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ^(١). وهو متقدم في الولد المتأخر فيبقى حجة في غيره.

ولأن الولد كان رقيقاً، وإنما حصلت له الحرمة في ثانی حال، فأشبهه من أعتق جنين أمته، فإنها لا تصير أم ولد.

ولأن الولد الذي أجمعنا عليه هو الذي لا يمكن إثبات ولائه للغير، وهذا يمكن إثبات ولائه لبائع الأمة، بأن يغفل عن شرائها حتى تضعه.

ولأنها لو اشتراها أبوه لم تصر أم ولد، فلو كانت الحرية تنشر لانتشرت بشراء الجد؛ لأنه كالأب، لأنه يعتق [عليه]^(٢) ابن الابن، كما يعتق الابن.

والجواب عن الأول: أن الاحتجاج به موقوف على علم رسول الله ﷺ بهم فيقرهم عليه، وهو معارض بالنصوص المانعة من بيع أمهات الأولاد.

وعن الثاني: الفرق: أن معتق جنين أمته لم يتصل نسبه بالولد حتى يؤثر في أمته حرية، بخلاف الحمل.

(١) أخرجه أحمد (٣/٣٢١)، والشافعي، كما في تلخيص الحبير (٤/٤٠٢)، وابن ماجه (٢٥١٧)، والدارقطني (٤/١٣٥)، والبيهقي في السنن والآثار (٧/٥٦٦)، والسنن الكبرى (١٠/٣٤٨). وينحوه أخرجه أبو داود (٣٩٥٤)، والحاكم (٢/١٨-١٩).

(٢) سقط في أ.

وعن الثالث: أنه أعلى رتبةً من الولد السابق بإجماع بعض تخليقه مع ملك أبيه لأمه، فلو ألغى لتساوى موطن الإلغاء حيث أجمعنا على الإلغاء، فيتعين إضافة الحرية في الأم للقدر المشترك بين الحمل والولد اللاحق، وهو اجتماع التخليق مع ملك الأم؛ لأنه معنى مناسب فيصير في جميع موارد.

وعن الرابع: أن ملك الجد أضعف؛ لأنه لا تجب له النفقة، ولا يحجب الإخوة، ويحجبه الأب، فدل على أن الأب أقوى منه، فلا يلحق به الجد.
تفريع:

في الكتاب: إن ابنتها حاملاً من ابنك، لم تكن أم ولد، وعتق الحمل على جده، بخلاف أمة الأجنبي؛ لأن الأب لو أراد بيع أمته، امتنع، لأنه عتق عليه حملها بخلاف الأجنبي.

وقال غيره: يمتنع شراؤها من والده حاملاً؛ لحرمة الحمل على الجد، واستثناؤه غرر لم يقابله من الثمن، ولا يتيقن وجوده.

قال ابن القاسم: إن ابتاع زوجة والده حاملاً، انفسخ نكاح الأب؛ لتعذر نكاح أمة ولده، ولا تكون أم ولد الأب، وتبقى رقيقاً للابن، ويعتق عليها حملها، ولا بيعها حتى تضع، إلا أن يرهقه [دين]^(١) فتباع حاملاً.

وقال غيره: لا تباع في الدين حتى تضع؛ لأنه عتق بالسنة لا بالافتراق.

قال ابن القاسم: وإن كان حملها من أخيك بنكاح فابتعتها، فهي والولد رقيق لك، والنكاح ثابت.

في النكت: قول غيره: لا يجوز للابن شراء زوجته الحامل من أبيه، ليس بخلاف لقول ابن القاسم، وإنما تكلم ابن القاسم إذا فعل ذلك وفات، أما الجواز ابتداءً، فلا، ويلزم الولد قيمتها يوم قبضها بالشراء على أن حملها حر؛ لأنه كبيع فاسد فوات بالولادة.

وقول غيره: لا يرق جنينها ولا يلحقه دين، ليس بخلاف لابن القاسم، وليست كمسألة من ابتاع امرأة والده حاملاً.

والفرق: أن الولد خلق حرّاً في المسألة الأولى، وفي عتق شراء الولد، فأشبهه

(١) سقط في أ.

العتق المبتدأ عن ابن القاسم، فباعها في الدين وسواء الغير؛ لأنه كله عتق سنة. قال ابن يونس: إن تزوج أمة والده فمات الأب فورثها وهي حامل فوضعت لأقل من ستة أشهر - لم تكن أم ولد به؛ لعتقه على جده في بطنها قبل الإرث، ولا تكون أم ولد حتى تملك رقيتها بما في بطنها، حتى يعتق الجنين عليه لا على غيره، فإن وضعته لسته أشهر فأكثر، فهي به أم ولد، إلا أن يقول: لم أطأها بعد موت أبي، ويصدق بغير يمين.

قال محمد: وإن اشترى امرأته بعد أن أعتق السيد ما في بطنها، جاز الشراء، وتكون به أم ولد؛ لأن عتق السيد لا يتم إلا بالوضع؛ ولأنها تباع في فلسه، ويبيعها ورثته قبل الوضع إن لم يكن عليه دين، والثالث يحملها، وفي الجناية عليه ما في جنين الأمة، ولو كان ذلك بعد أن استبرأها لكان فيه ما في جنين الحرة، وولأؤه إن استهل لأبيه، ولا ينظر إلى عتق السيد، إلا أن يشتريها أجنبي بعد عتق جنينها قبل أن يرهقه دين، ويرد إن فعل.

وشراؤه زوجة والده حاملاً، بخلاف شرائه لزوجه الحامل، وهي أمة أبيه عند ابن القاسم، قال مالك: لا يرق جنينها ولا يلحقه دين.

والفرق: أن الجنين في الأولى لم يمسه رق، وفي الثاني مسه الرق في بطنها، وإنما عتق بالشراء، فأشبه العتق المبتدأ، وغيره لم يفرق؛ لأنه كله عتق سنة. وفي المقدمات: إذا اشترى امرأته حاملاً من أبيه أو ممن يعتق عليه الجنين، فلا تكون أم ولد اتفاقاً؛ لعتقه على من اشتراه منه، وإنما الخلاف إذا عتق عليه.

الثاني: في الكتاب: إذا اشترى المأذون أمة، بإذن سيده أم لا، فعتق - لا تكون أم ولد له بما ولدت قبل عتقه، ولا تحمل جنين العتق؛ لأنه رقيق لسيده، إلا أن يملك المأذون حملها قبل الوضع، وإن أعتقها بعد عتقه لم يتعجل لها ذلك، وحدودها حدود الأمة حتى تضع، فيرق الولد للسيد الأعلى، وتعتق هي بالعتق الأول.

وما ولد للمكاتب أو المدبر من أمته مما حملت به بعد التدبير أو الكتابة بمنزلته، يعتق مع عتقه، وتكون أم ولد بذلك لهما، كان الولد الأول حياً أم لا. وعن مالك: لا تكون بذلك أم ولد، وقاله أكثر الرواة في المدبرة خاصة؛ لأن للسيد انتزاعها، وليس للمدبر بيع أم ولده في حياة سيده إلا بإذنه.

وإن مات عن ولد حدث في تدبيره من أمته، ثم مات السيد، فهي أم ولد، وما ترك من مال السيد؛ لأنه رقيق، ويعتق ولده في ثلث سيده بعد موته. في التنبيهات: تأول أبو محمد، وغيره أن المدبر ملك الحمل بهبة أو ميراث لا بشراء؛ لتعذر الشراء للغرر، إلا أن يفوت بالوضع، فتكون به أم ولد. فقليل: ينقص قبل الولادة.

وقيل: بتمام الشراء تمت حرته ففات النقص. وقيل: يجوز الشراء ههنا للضرورة ودفع التحجير. وروى أشهب: لا تكون به أم ولد مطلقاً.

في النكت: إنما لم يمض عتق المأذون الذي أعتقه السيد في أمته الحامل ويعتق جنينها بخلاف من أعتق أمة قد وهب جنينها لرجل؛ لأن السيد ملك الجنين ملكاً أصلياً^(١) فلم ييطل ملكه بعتق المأذون الأمة، وواهب الجنين ليس له ملك أصلي. قال التونسي: إن وهب جنين أمة لرجل، ورقبتها للآخر فأعتق الموهوب له الأمة:

قل: عتقه ثابت، ولا شيء لصاحب الجنين؛ كما لو وهب جنينها لرجل، ثم أعتقها، أو أعتقها ورثته بعد موته.

وقيل: عليه قيمة الجنين يوم تضعه، ويجوز عتقه فيه.

وقيل: عتقه الأمة موقوف حتى تضع.

قال ابن يونس: إذا اشترى المأذون زوجته حاملاً منه، ثم أعتقه السيد، تبعه الولد وأمه؛ لأنه كما له ههنا، ويعتق عليه، وتكون له بذلك أم ولد، بخلاف الذي يولد أمة نفسه؛ لأن هذا الولد كأمة؛ لأنه من نكاح، وأمه صارت بالشراء أمة للعبد، فكذلك ولدها، ألا ترى أنهما يباعان عليه في الدين؟ وولد أمته كنفسه عند السيد. وقال أشهب: لا تكون أم ولد بما حملت بعد التدبير والكتابة وعتق الأجل، وإن ولدته بعد تمام الحرية في الأب، إلا أن للولد حكم الأب.

وإن شك في الحمل، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من تمام عتق الأب، لم تكن له أم ولده؛ لأن ما في بطنها لم يملكه الأب، وجرى لغيره فيه حرية، وإن مات

(١) في ابن: الجنين ليس له ملك أصلي.

السيد عتق المدبر مع ولده وما فى بطن أم ولده بالحصص، فإن خرجوا بقيت أمة المدبر أم ولده على الخلاف، وإن عتق بعضهم بقيت له رقيقاً، وإن أولدها بعد ذلك لم تكن أم ولد؛ لأن نصفه رقيق، وإن أعتق باقيه وهى حامل منه، لم تكن له أم ولد بخلاف المعتق إلى أجل يعتق وأمته حامل منه، تكون له أم ولد؛ لأنه كتمام الأجل فيه، وإن مات قبل الأجل، رُقَّت، وكان ولدها معتقاً إلى أجل، فالأجل فيه كموت السيد فى المدبر، وموته قبل الأجل كموت المدبر قبل سيده.

قال صاحب المقدمات فى المدبر والمكاتب والمعتق إلى أجل تلد إماءهم: هل يكن أمهات أولاد إذا أفضوا إلى الحرية؟ ثلاثة أقوال:

ثالثها: الفرق بينهما وبين المعتق، وهو مبنى على أن إماءهم هل لهن حرمة بالإيلاد منهم أولاً؟ قولان.

وإذا قلنا: لهن حرمة فإنهن يكن أمهات أولاد بما حملن به بعد هذه العقود إذا أفضوا إلى الحرية، وإن وضعن قبل الإفضاء اتفاقاً، ومن حملن به قبل ذلك ووضعنه بعده بأن يوطأ زوجته فتحمل قبل الكتابة أو التدبير أو العتق إلى أجل، فيشتريها حاملاً بعد العقد، فلا تكون أم ولد، إلّا على قول من يرى: أن الحر إذا اشترى امرأته حاملاً، تكون به أم ولد، وفيه قولان.

وإن قلنا: لا حرمة لهن، فهن كأمة العبد تلد من سيدها إلّا أن تنقضى هذه العقود ويخرجون للحرية، وإماءهم [حوامل، فيملكون]^(١) ذلك الحمل عند ابن القاسم، خلافاً لأشهب.

وفى المنتقى: إذا قلنا بحرمة استيلاد المدبر، لم ينتزعها السيد، كانت حاملاً أم لا وإن قلنا: بعدم الحرمة انتزعها غير حامل، ولا ينتزعها حاملاً اتفاقاً؛ لدخول الولد فى التدبير، وهذا الخلاف يجرى فى أم الولد للمعتق إلى أجل.

النظر الثالث: فى الاستلحاق:

وأصله: قوله - تعالى - : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الأحزاب: ٥]

وفيه فروع:

فرع: فى الكتاب: إذا باعه، ثم استلحقه بعد طول الزمان، لحق، ورد الثمن، ولد عنده أو لا، إلّا أن يتبين كذبه.

(١) سقط فى أ.

قال التونسي: وكذلك كل من ادعى أنه ولده، ولا ينسب له، ولا هو عبد غيره، ولا هو مجلوب، ويعلم عدم دخوله تلك البلاد، قاله ابن القاسم.
وقال أشهب: يصدق في عبد الغير إذا لم يبين كذبه، ويكون ابناً له وعبدًا للآخر، فإذا أعتقه سيده فمات، ورث بالبنوة قبل الولاء.

قال سحنون: إذا ادعى من لا يلحق به، لا يعتق عليه إذا اشتراه؛ لأنه تبين كذبه.
وقال ابن القاسم: يعتق؛ مؤاخذه له بإقراره.

قال ابن يونس: الأحوال ثلاث:

حال يولد عنده، أو بعد بيعها لمثل ما يلحق فيه النسب، ولم يطأها المبتاع ولا زوج، ولا تبين كذبه، فهذا متفق عليه.

وحال لم يولد عنده ولا علم ملكه لأمة ولا زواجه لها، ولا تبين كذبه، فيلحق عند ابن القاسم دون سحنون.

وحال يستلحق في ملك غيره، أو بعد عتق غيره، فلا يلحق عند ابن القاسم إن أكذبه الحائز لرقه أو لولائه، ويلحق عند أشهب به، ويكون ولدًا له ومولى للذي أعتقه، عبدًا لمن ملكه، فإن أعتقه ورث أباه وورثه.

قال سحنون: وما علمت خلافًا بين الناس أن الإقرار^(١) بولد الولد، أو الجد، أو الأخ، أو غيرهم من القربات^(٢)، لا يثبت مع وارث معروف أو مع غير وارث، وإنما يثبت الإقرار بولد الصلب خاصة، ولا يثبت وإن ورثه، إذا لم يكن له وارث معروف فيرث من غير ثبوت نسب. وعنه: لا يرث وإن لم يكن له وارث معروف؛ لأن المسلمين يرثونه.

قال أصيبغ: وإن أقر أن هذا وارثه وله وارث معروف فلم يمت المقر حتى مات الوارث، ورثه المقر له؛ كأنه أقر ولا وارث له. واختلف: إذا أقر بعد بيعه، هل يرجع المشتري بنفقة الولد؟ قاله أبو بكر بن عبد الرحمن؛ كمن طرح ولده فأنفق عليه رجل.

وقيل: لا يرجع؛ كالعبد يستحق بالحرية فلا يغرم أجر خدمته وخدمته بنفقته.

(١) في أ: إلا أن الإقرار.

(٢) في أ: القربات.

فإن كان صغيراً لا خدمة له، فلا نفقة له؛ لأنه ممن تكون له الخدمة في المستقبل.

وقيل: إن كان فيه خدمة وأقر المبتاع أنه خدمه، فلا نفقة، وإن كان صغيراً فله النفقة؛ لعدم المقابل.

قال: وهو أعدل الأقوال، وروى عن سحنون.

فرع: في الكتاب: إن استلحق من لا يعرف له نسب، لحقه، إن لم يعلم أنه ملك أمة بشراء أو نكاح، وكذلك إن استلحق عبده أو أمته إلا أن يتبين كذبه؛ أو يكون له أب معروف، أو هو محمول من بلد يعلم أنه لم يدخلها، أو تشهد بينة بأن أمه لم تنزل زوجة لغير المقر حتى ماتت، فإن قالوا: لم تنزل أمة، فلا أدري ما هذا، فلعله تزوجها، أو تلد بعد شرائها بأيام، فلا يلحق به، ولا يحد؛ لأنه لم يعترف بالزنى بل كذب في النسب.

وإن كانت له زوجة، ثم ابتاعها حاملاً، فتصح دعواه، وإن قصرت هذه المدة: مدة الشراء.

في التنبيهات: اختلفت الرواية في المحمول من بلاد، فرواية علم عدم الدخول، ورواية لم يعلم أنه دخلها، فعلى هذه. لا يصدق منع الشك؛ كالعالم، وقيل في الأمة والزوجة لم تنزل للغير، ولا فرق إذا لم يكن نسب معروف.

قال بعض الشيوخ: يؤخذ من مسألة المحمول: أن المحمولين يصح لهم الاستلحاق، ويصدقون ويكلفون البينة إذا ادعوا غير ذلك من القرابة.

ومنع القاضي عبد الوهاب، وابن القصار قبول قول الحملاء في الولد وغيره. قال: وهو ظاهر المدونة.

وإذا عتقوا وادعى بعضهم قرابة بعض:

فقيل: لا يصدقون في غير الولد.

وقيل: بعدم الفرق. وأفتى القاضي ابن سهل بإلزام النفقة للأب وأولابن وإن لم يتوارثا؛ مؤاخذه بالإقرار، وترد شهادة بعضهم لبعض.

وفي الواضحة^(١): إن اشترى أباه وهو مولود في الشرك، لم يعتق عليه وإن

(١) في أ: وفي الوا.

استحب، وهو يعارض ما تقدم.

قال التونسي: لم يعمل ابن القاسم قول مدعى اللقيط إلا أن يكون لدعواه وجه؛ كمن لا يعيش له ولد فسمع قول الناس: إذا طرح عاش، ونحوه، ويلزمه أن يقبل قوله؛ لأنه ليس له نسب معروف، ولم يتبين كذبه، وإذا ادعى النصراني اللقيط في بلد الإسلام، صدق إذا كان له وجه كما تقدم، ويكون على دينه.

قال اللخمي: إذا قال: ملكت أمه قبل هذا الملك، وشهد شاهدان: أنها حيثئذ كانت ملك غيره، لم يصدق ولا يعتق عليه، قاله سحنون.

قال: أرى أن يعتق، وتكون أم ولد؛ لأن الشهادة لا يقطع بصدقها، وهو مكذب لبيته، وإن لم يعلم هل ملكها أم لا، صدق عند ابن القاسم، ولم يصدق على قول سحنون؛ لأنها لم تثبت أنها فراشه، وإن كذبه سيدها لم يصدق. وأصل مالك: تصديقه في كل موطن يشكل أمره، والحررة والأمة في ذلك سواء إذا لم يكن له نسب معروف.

فرع: في الكتاب: إذا ولد عبدك^(١) فأعتقته فاستلحقته بعد طول الزمان، لحقك، وإن أكذبك، وإن استلحقت صبيًا في ملك غيرك أوبعد أن اعتقه غيرك، فأكذبك الحائز؛ لرقه أو لولائه - لم تصدق إلا ببينة؛ لقوة خصمك بالحوز، وكذلك ابن أمة لرجل ادعت نكاحها وأكذبك السيد، إلا أن تشتريه فيلحق بك، كمن ردت^(٢) شهادته بعق، ثم ابتاعه، وإن اشترت الأم، لم تكن به أم ولد؛ لأنك أولدتها في ملك غيرك، وإن أعتق السيد الولد قبل أن يبتاعه مستلحقه، لم يثبت نسبه ولا موارثته إلا ببينة؛ لثبوت الولد للسيد، فإن باع أمة فعتقت، لم يصدق البائع أنه أولدها إلا ببينة.

قال في النكت: قال بعض القرويين: إذا لم يقبل قوله في ولد الأمة المبيعة حاملاً ولم يرد، رد الولد بما ينويه، بأن يقوم العبد على هيئته^(٣) الآن، ثم تقوم الأم بلا ولد، فيرد من الثمن حصة الولد.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا أعتقه السيد قبل الاستلحاق، لحق بالمستلحق،

(١) في أ: عندك.

(٢) في ط: رددت.

(٣) في أ: العقد على هيئة.

وولده للسيد، ومتى عتق ورث أباه، وورثه أبوه، وإذا لم يقبل قوله فى المبيعة بعد عتقها، قبل فى الولد، ويلحق به الولد، ويرد الثمن لإقراره أنه ثمن أم ولد، ولو أعتق الولد خاصة لثبث الولاء لمعتقه، ولحق الولد بمستلحقه، وورثه، وأخذ الأم إن لم يتهم فيها بزناه بها، ورد الثمن، وإن اتهم لم ترد له.

وقال أبو محمد، وغيره: لا يرد الثمن إذا اتهم، هذا إذا كان الولد يوم البيع حملاً لازماً؛ لأن البائع لم يأخذ حصة فيردها، والمشتري قد أعتقه فلا حجة له، ولو لم يعتقه لكان له حجة، ولو كان مولوداً بيع معها، لرد حصته من الثمن، ولا حجة على المبتاع فى عتق الولد؛ كعتق الأم، ويرد البائع الثمن؛ لأنها أم ولد، وإن ادعاه بعد عتق المبتاع الأم، مضى العتق، ولحق به الولد، وبقي الولاء للمعتق، ويرد الثمن لمن استلحقه بعد موتها.

وعن ابن القاسم: إن باع من ولد عبده فأعتقه المبتاع، ثم استلحقه البائع، صدق إن لم يتبين كذبه.

قال سحنون: وهذه المسألة أعدل فى هذا الأصل.

وعن أشهب: إن باعها وولدها وقد ولدت عنده أو عند المبتاع لما تلد له النساء، ولم يطأها المبتاع ولا زوج، أو باع الولد دونها فاستلحق الولد وهو وأمه عند المبتاع أو أحدهما، وقد أحدث فى أحدهما عتقاً أو كتابة أو تدييراً، أو لم يحدث - انتقض ذلك وردها أو أحدهما للبائع، ويرد الثمن.

فإن كان عديماً:

فقل: يتبع بالولد ديناً.

وقال مالك: يرد إليه الولد خاصة بحصته من الثمن لثبوت نسبه، ولا ترد الأم لتهمته فى ردها للمتعة بغير ثمن.

وقال سحنون: إن استلحقه بعد أن مات، وصدقه المشتري وقد أعتق الأم^(١)، أو دبر أو كاتب أو أولد، فلا ترد إليه، وإن لم يحدث ذلك، ردها وأخذ الثمن، وإن كذبه لم يرجع بشيء، واستحسن إن صدقه وقد أعتق أو دبر أو أولد الرجوع بالثمن، وتبقى على حالها، وفى الكتابة تسأل هى، فإن أقرت به انتقضت الكتابة، وعادت أم

(١) فى أ: أم لا.

ولد، ورد الثمن، وإلا أدت الكتابة وعتقت؛ لأن الحق لها في الكتابة، ويرجع المبتاع بالثمن وما أدت من الكتابة، وإن استلحق ولد أمة عبده، لحقه إن ولدته في ملك عبده، لم ينسبه العبد لنفسه، وتكون أم ولد له، وإن ولدته في ملك غير العبد لحقه أيضاً، والأمة ملك للعبد إن تركها له السيد، وكذلك أمة مدبره.

ومعنى: ولدته في غير ملك العبد: أن العبد اشتراها وولدها فادعى السيد أنه كان تزوجها عند البائع من العبد.

وأما أمة مكاتبه: فإن لم يدعه لحق بالسيد، وأدى قيمة أمه للمكاتب، وكانت به أم ولد.

وإن ولدته في غير ملك المكاتب، انتظر المكاتب، إن عجز لحق الولد بالسيد، ولا تكون أم ولد وإن عتق المكاتب وصدقه سيده، ولحق عند ابن القاسم، وإن استلحق ولد أمة ولده، لحقه إن لم يدعه الولد، ويغرم قيمة الأم في ملائه وعدمه، وهى له أم ولد، وإن ولدته في غير ملك الولد، فأمة أمة للولد، وعتق الولد على أخيه، وأما أمة والده فهى كأمة الأجنبي، وإن استلحقه بما يجوز، وصدقه الأب على عتقه، لحق، ولا تكون له أم ولد، وإن لم تصدقه، لم يلحق به إلا أن يملكه يوماً ما، وإن استلحقه بما لا يجوز به الاستلحاق، لم يلحق، وحد إن ثبت على قوله.

فإن استلحق الجد ولد أمة ابنه:

فقل: كالأب في الحرمة ودرء الحد.

وقيل: ذلك في الأب وحده.

إن بيعت أمة فشهدت بينة أن البائع كان أقر قبل البيع بإيلادها، رجعت إليه مع قيمة ولد إن حدث عند المبتاع، فإن ماتت رجع بالثمن على البائع، وأدى إليه قيمة الولد، ويتقاصان، فإن مات البائع قبل موتها عتقت من يوم موته، فإن أصابها المبتاع بعد ذلك، لزمه صداق المثل عند المغيرة دون ابن القاسم، ويرجع بالثمن في مال الميت.

وإن كان المشتري عبداً مأذوناً، ردت أم ولد، ورد معها ولد العبد فيكون بمنزلتها، ولا يوطأ شيء من بناتها بملك اليمين؛ لأنهن معتقات إلى أجل، قاله سحنون.

قال: انظر قوله: لا يوطأن بملك اليمين؛ لأنهن يملكن غير سيد أمهن، وليس كذلك، وهو لا يطؤون؛ لأنهن كالربائب المدخول بأمهاتهن.
فرع:

قال سحنون: إن قال في ثلاثة من أمته: أحدهم ولدى [ومات]^(١)، عتق الصغير جزماً؛ لأن المستلحق إن كان الكبير، عتق الأوسط والصغير، أو الأوسط، فالصغير حر، أو الصغير، فالكبير والأوسط عبدان.
وعن المغيرة: يعتق الصغير وثلثا الأوسط وثلث الأكبر؛ لأنه إن كان الأكبر، فالجميع أحرار، أو الأوسط فهو والصغير حران، أو الصغير، عتق وحده، فيعتق الأوسط في حالتيه، والأكبر في حالة.

وقال ابن عبد الحكم: يعتقون كلهم بالشك.
وإن أقر بإحدى بناتها عند الموت ونسيت البينة والورثة اسمها:
قال سحنون: إن أقر الورثة بذلك، عتقن وأخذن ميراث واحدة يقسم بينهن، ولا يلحقه نسب واحدة منهن.

فرع:

في الكتاب: إذا بيعت مع والدها أو وحدها فولدت عنده لما يلحق فيه النسب، ولم يدعه وادعاه البائع - لحقه، ورد الثمن إن لم يتهم.
قال ابن يونس: قال محمد: لا تهمة في هذا إن كان مليئاً والولد معها.
قال ابن القاسم: قد يتهم بمحبته فيرد الولد وحده بحصته، وترد هي بشرط سلامته من العدم والمحنة فيها.

وعن مالك: يصدق فيها وإن أعدم؛ لأنه لا تهمة في الإقرار بالنسب، وهذا لم يعرف مسيسه إياها إلا بقوله اليوم، أما إن أقر به قبل البيع، فيصدق في عدمه.
فرع:

في الكتاب: إن ادعى الملتقط اللقيط، لم يصدق إلا أن يكون لدعواه وجه بأن يعرف بالآل يعيش له ولد، وزعم أنه رماه لقول الناس: إن طرح عاش.
وقال غيره: لا تصدق فيه دعوى أحد إلا بيته؛ لتعلق حق المسلمين بميراثه.

(١) سقط في أ.

فإن صدقه اللقيط :

قال ابن القاسم: أراه شاهداً، ولا يجوز مع اليمين في النسب.

قال ابن القاسم: ولا يقبل فيه غير الملتقط إلا كما تقدم.

وقال أشهب: تقبل دعواه، كان الملتقط أو غيره، إلا أن يتبين كذبه كغير اللقيط.

قال ابن يونس: خالف ابن القاسم، وأشهب أصليهما في الاستلحاق؛ لقول ابن

القاسم: إن استلحق من لم يولد عنده، ولا علم ملكه لأمه، ولا زواجه لها، ولا

تبين كذبه - لحق به، فيلزمه تصديق الملتقط؛ ولقول أشهب: لا يلحقه حتى يكون

أصل الحمل عنده، أو بعد خروج أمة^(١) من عنده، لمثل ما يلحق به النسب.

ويحتمل أن يكون هذا من ابن القاسم على قوله الذي يوافق فيه أشهب في

الاستلحاق، أو الفرق بأن ولاء اللقيط للمسلمين، فهو كالنسب المجوز، وأما

أشهب فيحتمل أن يكون هذا منه على قوله: إن استلحق من أعتقه غيره، أو هو في

ملكه، لحقه، إلا أن ولاء المعتق لسيده، ومتى عتق ورث أباه.

قال ابن القاسم: لا تصدق المرأة في اللقيط وإن جاءت بما يشبه من العذر؛ لأنها

تلحق بالغير.

وقال أشهب: تصدق، وإن قالت: من زنى حتى يعلم كذبها؛ كالرجل.

قال محمد: إن ادعته من زنى، صدقت، وحدث، أو من زوج، فلا، إلا أن يقر

به الزوج فيلحق به.

قال محمد: وأحسن ما بلغني: إن كان لها زوج حاضر، لحق به إلا أن ينفيه

بلعان، وإن قدما من بلد، لم يقبل قولها إلا أن يقر به الزوج فيلحق به.

فروع:

في الكتاب: إن التقطه مسلم وادعاه نصراني وشهد له مسلمون، صدق، وهو

على دينه، إلا أن يسلم قبل ذلك ويعقل الإسلام.

قال ابن يونس: قال محمد: إن التقطه عبد ونصراني وعليه زى النصراني، فهو

حر مسلم؛ تغليبا لشرف الإسلام، إلا أن يلتقطه في قرى الشرك، فهو مشرك، تغليبا

للدار.

(١) في أ: أمه.

فى كتاب تضمين الصناع: إن التقطه النصرانى فى قرى الإسلام، فهو مسلم، أو فى قرى الشرك، فهو مشرك، أو فى قرية ليس فيها إلا ثلاثة أو اثنان مسلمون، والملتقط نصرانى، فهو نصرانى، أو مسلم، فهو مسلم.
وقال أشهب: بل هو مسلم مطلقاً، وإن^(١) التقطه مسلم فى قرى الشرك فكذلك.
فرع:

فى الكتاب: إن كانت [أمة]^(٢) بين حرين أو عبيدين أو أحدهما، أو ذمى ومسلم وطأها فى طهر وأتت بولد:

قال ابن يونس: يريد: لسته أشهر من يوم وطء الثانى، وادعياء- دعى له القافة، فمن ألحقه به، لحقه، فإن أشركوهما فيه وآلى إذا كبرأيهما شاء، وقاله عمر- رضى الله عنه-: فإن والى الذمى، لحق به، والولد مسلم؛ لاشتراكهما فيه.
وعن ابن القاسم: لا يوالى أيهما شاء ويبقى ابناً لهما، ولا يزول النسب لشهوة الولد، ويرث من كل واحد نصف الميراث.

وقال مطرف: تلحقه القافة بأولاهما شبيهاً ولا يخير فى الموالاة.

قال مالك: والقائف الواحد العدل، يجزئ، وأجازه عمر، رضى الله عنه.
وعن مالك: لا بد من اثنين؛ كالشهادة، فإن تعذرت القافة بعد الاجتهاد، والى بعد بلوغه أيهما شاء، وهو أولى من قول من قال: يوقف حتى توجد القافة.
قال مالك: وإنما القافة فى وطء الملك، أما فى الزواج، فهو للأول، إلا أن ينكح بعد حيضة، فلآخر إن وضعته لسته أشهر فأكثر. والفرق: أنها إنما يحكم بها عند تساوى الفراشين، وهو فى الإمام لتساوى الملك، وكذلك حكم به عمر رضى الله عنه- فى الجاهلية لتساويهما، وكذلك إذا وطئها البائع والمبتاع فى طهر، والحر لا تكون امرأة لاثنين فى حالة واحدة؛ ولأن ولد الحر يتنفى بغير اللعان، والقيافة اجتهاد، فقام مقام النفى بمجرد القول.
وعن مالك: إلحاق الحرائر بالإماء؛ لأن القيافة علم فلا يختلف، وهو أقيس، والأول أحوط.

(١) فى أ: إن.

(٢) سقط فى أ.

قال سحنون: فإن قالت: ليس لواحد منهما، طلب له الآخرون، ثم آخرون أبدًا؛ لأنها دعيت له آخرون لتلحق، لا لتنفى.

قال ابن القاسم: وإن قالت القافة: اشتركا فيه، عتقت عليهما الأمة مكانها، ويوالى الصبى إذا بلغ من شاء، وإن مات - حيث قلنا بالموالاة - عن مال وهب له، أو ورثه، فهو بينهما نصفان، كانا حرين أو عبيدين، أو أحدهما، أو ذميا ومسلمًا، فإن مات الأبوان قبل بلوغه، وقف قدر ميراثه منهما حتى يبلغ فيوالى من شاء، ويرثه ويرد ما وقف للآخر.

قال عبد الملك: يبقى^(١) لا أب له، وتعتق الأمة عليهما، وإنما ورثهما منه، ولم يورثه منهما؛ لأنهما تداعيا ميراثه، والتداعى لا بد فيه من القضاء بخلافه. قال أصبغ: يرث من كل واحد نصف ميراث ولد، وهو توريث بالشك، فإن مات أحدهما وقف ميراثه للصبى فإن مات الصبى بعد موت أحدهما، وميراثه منه موقوف، فميراث الصبى للأب الباقي، ويرد ما وقف من الأول لورثته. قال ابن القاسم: ولو دخل الباقي فيما يورث عن الأب، لدخل ورثته فى ميراث الصبى.

قال سحنون: فى مال الصبى: يرث الباقي ما ترك الصبى ونصف ما ورث الصبى من الأول ويصبح للصبى من الأول نصف ما بقى وقف له^(٢)، وإن كان للوصى الأول عصبة ورثت مع الباقي ما تركه الصبى.

قال سحنون: وإن وقف له ميراثه فمات الصبى قبل الموالاة، فنصف ميراثه من كل أب موروث عنه لورثته من قبل أبويه جميعًا، لكل فريق نصف ميراثه يقتسمونه على الفرائض.

قال ابن القاسم: إذا مات بعدهما ورد ما كان وقف له من ميراثهما إلى ورثتهما دونه، وميراثه لمن يرثه من الأبوين جميعًا، أقعد الناس به منهما، نصف لكل فريق منها على قدر تعددهم بالصبى.

قال عيسى بن دينار: والنفقة عليه إلى حين بلوغه الموالاة على الشريكين، فإذا

(١) فى أ: فبقى.

(٢) فى أ: نصف ما وقف له.

والى أحدهما، فلا يرجع عليه الذى لم يواله بشئ.

وقال أصبغ: ينفق المشتري حتى يبلغ، فإن والاه فذلك، أو البائع يرجع.
وقال ابن عبد الحكم: ينفق الشريكان، فإن مات أحدهما، أنفق عليه مما أوقف منه له النصف، والنصف على الحي، فإن ماتا قبله وأوقف له ميراث منهما فوالاهما جميعاً، أخذ النصف من كل واحد، وعصبة كل واحد النصف.
وقال عبد الملك: إن مات قبل المولاة، فماله^(١) بين الأبوين نصفان، أو ماتا قبله بقى لا أب له، ولم يرثهما.

قال سحنون: إن مات الصبي وترك ولدًا قبل أن يوالى، وهما حيان، فلولده أن يوالى، أو ولدين، واليا جميعاً واحداً ولا يفترقا؛ كما كان لأبيهما.
وقال ابن القاسم: إن وضعت من وطنها توأمين، واليا من أحبا، ولكل واحد من الابنين أن يوالى من شاء من الأبوين.

قال سحنون: إذا قالت القافة فى التوأمين: هذا من هذا، والآخر من الآخر، فإن كان الأول ملياً، قومت عليه، وهى أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها يوم حملت ويرجع على الثانى بقيمة ولده، لو كانت له أم ولد، وإن كان الأول معدماً، رجع عليه الثانى بنصف قيمة ولده^(٢) ولا يرجع هو على الثانى بشئ.
وقيل: يرجع وتعتق عليهما الأمة؛ لأنهما استولداها.

قال سحنون: إن كانا حراً وعبدًا فوطأها فى طهر، فألحقت القافة الولد بالعبد، فللحر أن يضمن للعبد قيمة نصيبه يوم الوطء، أو يتماسك، لأنها لا تخرج من رق إلى عتق؛ كما لو وطئها أحد الحرين ولم تحمل، وله نصف ولد العبد رقيقاً.

وفى العتبية: إن ألحقت القافة بهما عتق على الحر؛ لأنه عتق عليه نصفه فيقوم عليه باقيه ويغرم لسيد العبد ويقوم عليه نصيب العبد من الأمة، ويصير له نصفها رقيقاً، ونصفها أم ولد، وإن أولدها بعد ملكه لجميعها، كملت أم ولد، وإذا بلغ الصبى والى أيهما شاء، وإن والى العبد فهو ابن له^(٣)، وهو حر، فإن عتق العبد، ورثه، فإن قالت القافة: اشتركا فيه، عتق نصيب الحر من الأمة، ونصيب العبد مقام

(١) فى أ: ناله.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: أحد له.

أم ولد، توقف بيده لا يطأها ولا يبيعها إلا بإذن السيد، وتباع لغرمائه في دينه، فإن كبر الصبي ووالى الحر، لحق به، وغرم نصف قيمته لسيد العبد، أو والى العبد، لحقه، وبقي نصفه رقيقاً لسيد العبد، ونصفه حراً ولا يقوم على الحر؛ لأنه ليس يعتق أبداً، بل حكم لزمه؛ كما لو ورث نصفه.

وإن كان أحدهما مسلماً وألحقته القافة به، فهو على دينه، والأمة أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها للكافر، أو ألحقته بالكافر فهو على دينه، والأمة أم ولد له، ويغرم نصف قيمتها للمسلم، فإن كانت كافرة أقرت عنده أم ولد، أو مسلمة عتقت عليه، وإن قالت القافة: اشتركا فيه، فالأمة أم ولد معتقة بينهما، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالى المسلم فيكون على دينه، أو الكافر فهو ولده، ولا يترك على دينه فإن مات الكافر قبل بلوغ الصبي وقف له قدر ميراثه منه إن والاه أخذه، أو المسلم، رد الموقوف لورثة الكافر، فإن ماتا قبل بلوغه وقف قدر ميراثه منهما، أيهما والى أخذ ميراثه، وجبر على الإسلام على التقديرين، قاله كله أصبغ، وهو استحسان لا قياس، فإن مات قبل موتها وقبل البلوغ، رد ما وقف لورثتهما، فإن ورث مالا وهب له أو ورثه، فنصفه لعصبة أبيه المسلم بعد فرض ذوى الفروض، فإن لم يكن لأبيه وارث مسلم فليت المال.

فإن حملت مسلمة من ثلاثة: عبد، ومسلم، وكافر، وأشركتهم القافة فيه، عتقت على المسلم والنصراني، وقوم عليهما نصيب العبد، فإن كانت نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم، وقوم عليه نصيبهما.

وإن نفته القافة عنهم دفع أبداً إلى غيرهم، فإن أقر الآباء بالوطء في طهر، وإلى أيهم شاء، وتبعه^(١) بأمة إذا وضعت لسته أشهر من وطء أحدهم، ادعوه أم لا أو ادعاه أحدهم وأنكره غيره، فيكشف عن وطء المنكر، فإن كان وطؤه يمكن فيه الإنزال، اشتركوا فيه.

فرع:

في الكتاب: إن وطئها أحد الشريكين والآخر في طهر بعده، فالولد للآخر إن وضعت لسته أشهر من وطئه، وغرم في ملائه لشريكه نصف قيمتها يوم الوطء

(١) في أ: وتتبعه إذا وضعت.

ولا شيء عليه من قيمة الولد^(١) في ملامته، وإن كان عديماً فنصف قيمة الأم يوم حملها مع نصف قيمة الولد، ويبيع عليه نصفها في نصف قيمتها، فإن كان ثمنه كفافاً، اتبعه بنصف قيمة الولد، أو أنقص، أتبعه بما نقص.

قال ابن يونس: يريد: أو فيه فضل، لم يتبع إلا بما بقي من نصف قيمتها، وباقيها بحساب أم الولد، واتبع بنصف قيمة الولد، والولد حر لاحق النسب.

وفي الكتاب: إن وطئ أمته فباعها فوطئها المبتاع في ذلك الطهر وأنت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم البيع، فهي أم ولد له، أو لستة أشهر فأكثر فادعيها، دعى له القافة.

قال ابن يونس: قال يحيى بن سعيد: إن أسقطت، عتقت عليهما وقضى بالثمن عليهما، وجلدا خمسين^(٢) خمسين، وكذلك إن ماتت قبل الوضع، مصيبتها منهما.

وقال مطرف: مصيبتها من البائع، طال الحمل أو لم يطل، ويأخذ المبتاع ماله ويعاقب إن لم يعذر بجهل، فإن أقر المشتري وأنكر البائع الوطء فأوقفها الإمام فماتت قبل تبين الحمل أو قبل ستة أشهر؛ فالمصيبة من البائع، وبعد ستة أشهر، يلحق المشتري، ولدت أم لا، ماتت أم لا، ولا ينظر له القافة إذا لم يقر البائع بالوطء، فإن وطأها في طهر وماتت قبل تبين الحمل أو بعده، فهو من البائع، بخلاف الأمة بين الشريكين يطأها^(٣) في طهر، ثم يموت بعد بيان الحمل أو قبله، مصيبتها منهما، فإن وضعت لأقل من ستة من وطء المتبايعين في طهر واحد، [فهى من البائع]^(٤)، كان سقطاً أو تائماً، حياً أو ميتاً، وهو ولد له وهي أم ولد، أو لستة أشهر من وطء المبتاع، أو بعد نقصانها بالأهله، تقارب الوطآن في ذلك أم لا، أو وطء هذا اليوم، وهذا غداً، والولد سقط أو تام، أى: من المبتاع، والولد له، وهي له أم ولد، ولا قافة في الأموات، وإن كان حياً دعى له القافة.

وقال سحنون: إن مات بعد الوضع دعى له القافة لأن الموت لا يغير شخصه.

وقال في كتاب ابنه: إذا وطئها الشريكان أو المبتاعان وتموت قبل الوضع،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: خمسين خمسين خمسين.

(٣) في أ: يطأها.

(٤) سقط في أ.

فضمانها منهما وعلى المشتري الأكثر من نصف قيمتها يوم وطئها، أو نصف الثمن، وإن أسقطت قبل ستة أشهر أو بعدها، عتقت عليهما ويضمن المشتري الأكثر، وإن مات أحد الأبوين قبل القافة فالحقوه^(١) بالحي لحق.

قال عبد الملك: وإلا لم يلحق بالميت [لعل القافة لو كان حيًا نفته عنهما]. وقال ابن حبيب: يلحق بالميت^(٢) إذا برئ منه الحي للحصر، وتعتق الأمة بموت الأول على أنها أم ولد، فإن أشركته من الحي والميت وورث من الحي نصف ميراثه إن مات قبل أن يواليه، فإن بلغ ووالاه، فهو ابنه، وله ميراثه كله، ولا يرث من الميت الأول شيئًا؛ لأنها لا تلحق [بإبنه]^(٣) ميت.

وفى الكتاب: إن وطئها المشتري بعد الاستبراء، لحق الولد إن ولدته لسته أشهر من وطئه، أو لا، فلا يلحق به، وإن ادعاه؛ لتبين كذبه، ولا يحد، ويلحق بالبائع، إلا أن يدعى استبراء.

وفى الكتاب: إن تزوجت المطلقة قبل حيضة، لحق بالأول؛ لأن الولد للفراس، والثاني فراشه فاسد أو بعد حيضة، لحق بالآخر أو وضعت لسته أشهر، وإن وطئ أحد الشريكين فلم تحمل، خير الشريك في التمسك^(٤) بنصيبه، أو اتباع الواطئ بنصف قيمتها يوم الوطء، لأنه حائز بالوطء لو ماتت، حملت أم لا، ولا حد على الواطئ ولا عقوبة للشبهة؛ وكذلك إن تماسك، ولا صداق له، ولا ما نقصها؛ لأن القيمة وجبت له فتركها، وإن حملت قومت على الواطئ يوم الحمل إن كان مليًا؛ لأنه أفاتها بالحمل لما دخل فيها من العتق.

قال محمد: إن شاء قومها عليه يوم الحمل أو يوم الوطء.

وفى الكتاب: لا تماسك لشريكه إن كان الواطئ مليًا، ويلحق الولد بأبيه، وهى به أم ولد، فإن كان عديمًا فهى له أم ولد، ويتبع بنصف قيمتها، ولا قيمة عليه فى الولد.

قال ابن القاسم فى أحد قوليه: وبه آخذ: أن يقوم نصفها يوم حملت، ويبيع عليه

(١) فى د: فآلقوه.

(٢) سقط فى أ.

(٣) يياض فى أ.

(٤) فى أ: والتمسك.

نصفها بعد الوضع .

وقال سحنون: لا شيء عليه في قيمة الولد إن اختار قيمتها؛ لأن الولد جاء بعد أن ضمنه القيمة .

قال ابن القاسم: لا يباع الولد وهو حر، وإن شاء تماسك بنصيبه، واتبعه بنصف قيمة الولد؛ لأن نصيبه منه حر، ويكمل عليه بقيمته يوم الوضع .

واختلف قوله: هل يتبع بنصف ما نقصتها الولادة من ثمنها إن باع نصيبه بأقل مما كانت تساوى بسبب ما نقصها؟

قال محمد: وهو الصواب، أو لا يتبعه؛ لأن القيمة وجبت له فتركها .

وفى الكتاب: يعتق عليه نصف الأمة الذي بقى في يديه؛ لعدم انتفاعه به؛ كما لو أولد أمة فإذا هي أخت رضاعة لحقه الولد، ولا خدمة له فيها .

وعنه: لا تعتق عليه؛ لعله يملك باقيها فتحل له، واختاره محمد .

وفى الكتاب: قال غيره: إن ولدت من أحد الشريكين، يعاقب إن لم يعذر بجهل؛ لأنه عاص، وتقوم عليه إن كان ملياً، أو يخير الشريك بين التمسك بنصيبه ويتبعه بنصف قيمة الولد إن كان عديماً، وليس كالمعتق شقصه من عبد لا يضمته شريكه؛ لأنه إنما أعتق نصيبه، وهذا وطء النصيين، وإن تماسك بنصيبه وترك تضمينه للواطئ لعدمه، ثم أراده بعد يسره، أو أراده الواطئ وأباه المتمسك - لم يلزم الممتنع^(١) منهما .

قال محمد: إن كان الواطئ أباً أحد الشريكين، فهو كالشريك نفسه في جميع ما تقدم، غير أن ابنه يتبعه بقيمة نصيبه مع ما يتبعه الشريك من نصف قيمة الولد ونصف ما نقصتها ولادته إن كان معدماً، فإن أعتق أحد الشريكين حصته، ولم يقوم عليه في اليسار حتى أحبلها الثاني:

قال محمد: عتقت ساعة حملت، ولحق الولد بلا قيمة .

وقيل: يقوم على المعتق الأول، ويغرم له هذا نصف ما نقصها، ونصف قيمة الولد .

قال: وهو وهم، وولاء الولد لأبيه .

(١) في أ: الممتنع .

وقيل: نصفه لمعتق نصف الأم كنصف ولاء الأم، وهو وهم. لأن المعتقة إذا حملت ببنكاح ليس من المعتق من ولاء الولد شيء.

قال ابن القاسم: إذا حملت من الشريك ووضعت في عدمه، فلزمه نصف قيمة الولد يوم وضعت، ونصف ما نقصها، وبقي نصفها بحساب أم ولد، فوطئها الثاني فأحبها، عتقت مكانها يوم حملت، ولا يتبع الثاني في الولد بشيء، وإن^(١) كان ملياً.

وقيل: إن لم ينظر في الثاني حتى وضعت، فإنه يكون على الثاني غرم نصف قيمة ولدها، موسراً كان أم لا.

وقال عبد الملك: إن حكم على الأول فأحبها الثاني، فعليه قيمة الولد على أنه ولد أم ولد، على الرجاء والخوف؛ لأن نصفها للأول بحساب أم الولد، وإذا أحبها الثاني غرم في الولد قدر حصته من الأم.

قال محمد: وإن لم ينظر في الولد الأول حتى أولد الثاني، عتقت عليهما، ولا شيء على الأول ولا الثاني في الولد ولا غيره؛ لأن الأول يقول: قوموا على نصيب صاحبي يوم وطئت، حتى لا يلزمه للولد قيمة، ويتعذر^(٢) ذلك لفوتها الحمل الثاني فتعتق عليهما.

قال ابن القاسم: إذا ولدت من الأول فأولدها الثاني، فإن كان الأول ملياً، غرم نصف قيمتها فقط، وبقيت له أم ولد، [وإن نكل]^(٣) ونكل الثاني أكثر ولحقه الولد. قال سحنون: وعلى الأول نصف قيمة الولد على أنه ولد أم ولد. يقاص بذلك فيما لزمه من نصف قيمة الأم.

قال ابن يونس: والصواب: أن على الثاني قيمة الولد كاملة، على أنه ولد أم ولد؛ لأن الأول قد لزمه نصف قيمة الولد يوم أحبها ووطئ الثاني أم ولد الأول. قال ابن القاسم، وإن لم يكن للأول مال، لم يقوم على واحد منهما، وعتقت عليهما، ولحق بهما أولادهما.

قال سحنون: ويكون للثاني على الأول نصف قيمة ولده على أنه رقيق ولا شيء

(١) في أ: فإن.

(٢) في أ: ويتقدر.

(٣) سقط في أ.

على الثانى فى ولده.

وعنه: على الثانى نصف قيمة ولده على أنه ولد أم ولد.

وإن ولدت من الأول، ثم من الثانى، وهو لا يعلم، ثم من الثالث، وهو لا يعلم - ضمنها الأول، وهى به أم ولد، وعليه لشركائه ثلثا قيمتها يوم وطئ، وعلى كل واحد من شريكه له قيمة ولد أم ولد، فيتقاصون، فإن كان الأول عديماً، عتق نصيبه، وعليه ثلثا قيمته ولده، وفاء^(١) لشركائه، وعلى الثانى ثلث قيمة ولده رقاً للثالث.

ولا شىء على الأول، لأن نصيبه من الأمة يوم وطئ الثانى حر، ويعتق نصيب الثانى والثالث عليهما، ولا شىء على الثالث فى قيمة ولده للأولين؛ لأن باستقرار نطفة الثانى عتق نصيب الأول، ولا قيمة له فى ولدها من الثانى، وعلى قول عبد الملك: للأول على الثانى ثلث قيمة ولده على أنه ولد أم ولد. وعليه للثالث ثلث قيمة ولده، على أنه ولد أم ولد.

قال سحنون: فإن لم يطأها الثالث والأول ملىء، غرم لشركائه ثلثى قيمتها يوم الوطء، وأخذ من الثانى قيمة ولده ولد أم ولد، أو الأول عديم، عتق عليه نصيبه ونصيب الثانى، وعلى الأول ثلثا قيمة ولده عبداً لشريكه، وعلى الثانى ثلث قيمة ولد^(٢) الثالث [الذى لم يطأ، ويبقى ثلثاها للثالث رقيقاً، وإن ضمن الأول قيمة الأمة]^(٣)، وأتبعه بذلك، فإن ضمنه عتق ثلثا الأمة على الأول، وعتق نصيب الثانى عليه بالولد، وغرم الثانى للأول ثلث قيمة ولد أم ولد من سبب هذا الثانى الذى قوم عليه، وعلى الأول للثانى ثلث قيمة ولده رقيقاً [فيتقاصان]^(٤)، ولا يقوم الثالث على الثانى فى عدم الأول، لأنه لم يتدئ فساداً، فإن كانت مدبرة فأحبها أحدهما، قومت عليه، وبقيت له أم ولد، فإن أعسر، خير شريكه فى اتباعه بنصف قيمتها وتصير له أم ولد، أو التماسك، ويتبعه بنصف قيمة الولد من يوم استهلاله، ولا يقوم عليه إن أيسر، فإن مات الواطئ عتق عليه نصيبه من رأس المال، وبقي نصيب الآخر

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: ولده.

(٣) سقط فى أ.

(٤) بياض فى أ.

مدبراً، أو مات غير الواطئ وقد كان [تشبث بنصيبه وترك أن يضمها شريكه وليس له مال]^(١) وعليه دين يرد التدبير، بيعت حصته للدين، فإن ابتاعها الواطئ فى يسر حدث له حل له وطؤها، فإن مات عتق نصفها من رأس المال ورق النصف المشتري.

فإن أولدها ثلاثة أشراك، وطئها واحد بعد واحد، والأول ملىء، فعليه لشريكه ثلثا قيمتها أمة، وتكون أم ولد، ويرجع على كل واحد منهما بقيمة ولده، وله مدبرة على رجاء أن تعتق أو ترق، ويعتق على الثانى نصيبه، وعلى الثالث قيمة ولده، ويعتق نصيب الثالث، ولا شيء عليه فى ولده لهما، وإن لم يطاء الثالث، قومت على الأول فى ملاته، وتكون له أم ولد، [ويغرم ثلثى قيمتها لشريكه وعلى الثانى للأول قيمة ولده، ولد أم ولد]^(٢) وإن كان عديماً عتق نصيبه، وللثالث إن شاء أن يقوم عليه ويتبعه، فإن فعل عتق ثلثها على الأول، وكان للأول على الثانى ثلث قيمة ولده ولد مدبرة من سبب هذا الثلث^(٣) الذى قوم عليه للثالث، ويرجع الثانى على الأول بثلث قيمة ولده ولد مدبرة، ويعتق -أيضاً- نصيب الثانى منهما، وإن تماسك الثالث بنصيبه، فليس له تقويم على الثانى، وله على الأول ثلث قيمة ولده، ولا على الثانى كذلك، ويكون للثانى على الأول ثلثا قيمة ولده، وليس للأول على الثانى من قيمة ولده شيء؛ لأن نصيبه فيها عتق قبل وطء الثانى.

وإن أولد معتقة إلى أجل ثلاثة بوطء متفاوت لا يعلم أحد بصنيع من قبله -عتقت عليهم كلهم؛ لتعذر وطئها، وإن كان الأول ملياً، عتقت عليهم فى ملاتهم وعدمهم، وعلى الأول لشريكه ثلثا قيمة ولده على أنه معتق إلى أجل، وعلى الثانى للثالث ثلث قيمة ولده كذلك، ولا شيء على الثالث، ولا شيء للأول، ولو لم يولدها غير واحد، لم تقوم عليه، وعليه لصاحبيه ثلثا قيمة ولده، ولد معتقة إلى أجل.

وقال كثير من أصحابنا: إذا ولدت المعتقة إلى أجل، يعجل عتقها؛ لزوال الخدمة بالولادة، والوطء والعتق إلى أجل.

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: الثالث.

قال سحنون: وكذلك إذا أذن لمديرة في تدبير أمته، ثم أولدها السيد، عتقت؛ لأنها معتقة إلى أجل، فإن لم يطأ الثالث عتق نصيب الواطئين، وللثالث على [كل واحد بثلاث قيمة ولده، والثاني على^(١)] الأول قيمة ثلث ولده، ويبقى نصيب الثالث معتقاً بيده إلى أجل، ولا شيء على الثاني للأول لأنه وطئ نصيبه وهو حر. فلو كانت مكاتبة:

قال ابن القاسم: إن كان الأول ملياً، خبرت في تعجيز نفسها، وتقوم على الأول، أو تتمادى، فإن قومت عليه غرم ثلثي قيمتها أمة لشريكه، وصارت له أم ولد، وإن تمادت على كتابتها وأدت وأعتقت، والأول عديم، عتقت عليهم. قال سحنون: إن كان لها مال ظاهر والأول مليء، فليس له تعجيز نفسها ولتتماد^(٢) مكاتبته.

قال: إن وطئ الشريك مكاتبته واختارت التمدادى، أخذت نصف قيمتها من الواطئ فوقفت، فإن أدت ردت القيمة إليه، وإن عجزت، بقيت له أم ولد وأخذ الآخر القيمة.

وفي الموازية: إنما يوقف نصف القيمة من الكتابة. قال اللخمي: الواطئ إما من نكاح، أو ملك، أو نكاح ثم ملك، أو عكسه، أو نكاح ثم زنى، أو عكسه، أو ملك ثم زنى، أو عكسه، فهي ثمانية. فإن كان نكاح ثم ملك: فهما كالنكاحين، فيه قولان: هل للأول، أو تدعى له القافة؟

وعكسه كالمملكين، تدعى له القافة قولاً واحداً. أو النكاح ثم الزنى، فالولد للزوج؛ لأنه فراش. أو الملك ثم الزنى فالولد لملك اليمين؛ لأنه فراش، ولا ينفيه إلا بلعان؛ لعدم الزوجية، ولا بالقافة؛ لأن الزنى مع الملك لا قافة فيه؛ لعدم التساوى. وفي الزنى ثم النكاح أو ملك، لحق الأول؛ كما [إذا]^(٣) تقدم النكاح أو الملك، تأخر الزنى، وحيث دعت القافة فأشركتهم فيه، فأربعة أقوال:

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: ولتتمادى.

(٣) سقط في أ.

قال مالك: يوالى من شاء، قاله عمر، رضى الله عنه.
وقال عبد الملك: يلحق بأقواهم شبيهاً. لأن النسب لا يطل [بالشهوات]^(١).
وقال ابن مسلمة: إن عرف الأول، لحق به؛ لسبب تقدم؛ الحمل منه، فإن جهل
فأقواهم شبيهاً، وقيل: ابن لهما، لقول القافة.

وإن مان أحدهما قبل نظر القافة، والقافة تعرفه، فهما كالجنيين.
وإذا أتت بولدين فى بطنين فادعى أحد الشريكين الأكبر، والآخر الأصغر، صدقاً
من غير قافة، أو ادعى أحدهما، دعيت القافة، فإن كان الأكبر، فالأصغر ولد من
تقول الأمة: إنه منه؛ لا تفاههما بالأكبر على أنها صارت فراشاً وأم ولد، وأم الولد
مصدقة، أو الأصغر، لم يقبل قولهما فى الأكبر، أو أتت بتوأمين فألحقتهما
بأحدهما، أو قالت: اشتركا فيهما، فالأمر كذلك، وإن وزعتهما عليهما، فقولان.
قال عبد الملك: يرق لهما، وقال سحنون: لا يرق.

فإن أيسر أولهما وطئاً، فهي أم ولد له، وعليه نصف قيمتها يوم حملت، وعلى
الثانى قيمة الولد، وله على الثانى قيمة جميع الولد، أو معسر فعليه نصف قيمة
الولد، وله على الثانى مثل ذلك.

وقيل: لا شيء له عليه، وتعتق الأمة عليهما لتحريم وطئها عليهما، واختلف فى
توأمة المسيية والمغتصبة والملاعة هل يتوارثان بالأم والأب، أو بالأم فقط؟
ففى المدونة فى المرأة تحمل من العدو: التوأمان شقيقان.

وقال المغيرة: فى المسيية والملاعة: يتوارثان بالأم؛ لعدم تيقن الأب.
وقال سحنون: شقيقان^(٢)، لأن المسيية تحمل على أنها وطئت بالنكاح أو
الملك، وإذا وطئ أحد الشريكين وهو معسر - اختلف فى خمسة مواضع:
الأول: هل يكون كالموسر ويخير الشريك على التقويم؟ أو يخير بين التقويم
والتمسك.

والثانى: إذا خير فاختار التمسك، هل يتبع الواطئ بنصف قيمة الولد وبنصف
ما نقصتها الولادة أم لا؟

والثالث: إذا خير فاختار التقويم، هل يكون له نصف قيمة الأم، ونصف قيمة

(١) بياض فى أ.

(٢) سقط فى أ.

الولد، أو نصف قيمة الأم خاصة.

والرابع: إذا ثبت التقويم، هل يتبعه بذلك في الذمة ولا يباع منها شيء أو تباع؟
والخامس: إذا بيعت، هل يباع النصف أو يقدر الدين، وإن كان أكثر من النصف؟
ورجع مالك إلى أنه ليس كالموسر، ويخير في التمسك والاتباع بنصف قيمة الولد،
أو يقوم وله نصف قيمتها ونصف قيمة الولد، ويبيع له نصفه خاصة فيما لزمه.

وقال ابن القاسم: إذا تمسك ببيع نصف قيمة الولد ونقص الولادة.
وعن مالك: يخير في التمسك بغير شيء في الولد، أو يقومها عليه ويتبعه في
الذمة، وإن أحب بيع له نصفها.

وعن أشهب: يباع ما يوفي الدين وإن كان أكثر من النصف؛ لأنه لا يكون بعض
أم الولد، ويتبع الواطئ الباقي إن أحب.

في النكت: إن بيع نصفها فبلغت قيمتها أكثر مما لزمه، لا يباع منها من أجل
نصف قيمة الولد التي لزمته شيء، لأن قيمة الولد دين عليه، فكما لا يقضى ديونه
بشمنها لا يقضى قيمة الولد، وإنما يباع فيما لزمه من أجلها.

في التنبيهات: إذا وطئها الثاني بعد الأول في طهر آخر، فهل القيمة يوم الوطء
أو الحمل؟ قولان في الكتاب.

وعند التخيير، قال محمد: التخيير إذا وطئها مرات، وإلا فيوم الحمل؛ لأنه يوم
الوطء.

قيل: هذا تفسير المدونة وقيل: اختلاف فيما وقع.

وفي المعسر أربعة أقوال: أول أقواله: هي أم ولد، ويتبعه بنصف قيمتها دون
قيمة نصف الولد؛ لأنه مجبور على التقويم.

وروى ابن القاسم: يباع نصفها فيما عليه فيها، ويتبعه بنصف قيمة الولد، أو
تلتزمه القيمة يوم الوطء، ولا تباع له في القيمة، ولا شيء له على هذا في الولد.

والرابع: أنها تكون أمة على حالها، رواه أشهب.

قال التونسي: إن حملت، وهو موسر، يخير في وقت التقويم، هل يوم الحمل
أو يوم الوطء إن اختلف الواطئان؟ وليس بنص خلاف، ويشبه أن يكون خلافاً؛ لأن
نصف قيمة الولد قد وجبت مع وجوب القيمة عليه في الأم، فلهذا قال ابن القاسم
في المعسر: يباع نصف الأمة فيما لزمه فيها، ويتبع بنصف قيمة الولد، فجعل الدين

والإيلاد إذا وقعا ردًا لدين الإيلاد؛ لأنه تعد، بخلاف الإيلاد المديان؛ لأن الغرماء عاملوه على ذلك. وههنا تعدى على شريكه فيباع نصفها فيما لزمه لأجلها دون الإيلاد، ويتبعه بنصف قيمة الولد، مع أنه قوم عليه الأمة يوم الوطء. قال: وهو ضعيف، والصواب: أن يتمسك بنصف الأمة، ويتبعه بنصف قيمة الولد، أو يتبعه بنصف قيمة الأمة ويتم الإيلاد؛ لأن الأمة والولد فى ضمانه بالإيلاد ووجبت به القيمة.

فرع: قال ابن يونس: إن أخدمها ستين أو عمرًا فوطئها السيد فحملت وهو ملىء -فهى أم ولد، وأخذت منه مكانها أمة.

قيل: تؤخذ قيمتها يؤجر منها خادم، فإن ماتت الأولى وانقضت السنون، وبقي من القيمة شيء أخذه السيد، أو نفذت القيمة. والأولى حية والمدة باقية، فلا شيء على السيد؛ لأنه إنما التزم خدمة الأمة، وقيمتها تقوم مقامها.

وقال عبد الملك: يغرم له قيمة الخدمة من عمرى وأجل؛ لأنها حية، وإن كان عديمًا أخذ ولده وخدمت تمام الأجل، ولم يجعل ابن القاسم ولا غيره قيمة الخدمة تلك السنين كمفسد العرض؛ لإمكان موتها قبل انقضاء الأجل، فيضمن مالا يلزمه، وإن قومت على الرجاء والخوف، أدى إلى أجل جعل فى خدمته، والواجب فى التعدى المثل، وأقرب شيء لذلك ثمن الخدمة، كما تقدم.

وقول عبد الملك قاله مالك فى قتل السيد العبد المخدم [فإن وطئها المخدم، والخدمة]^(١) كثيرة، كانت كالتعمير، أو سنين كثيرة لا تحد، ويلحق به الولد، وتكون أم ولد، ويغرم قيمتها يوم الوضع على الرجاء والخوف، فإن كان عديمًا كانت لربها، والولد لأبيه، وإن ابتاعها بعد يسره لم تكن له أم ولد، أو فى الخدمة القليلة كشهر، حد ولا تكون له أم ولد؛ لضعف الشبهة، ولا يلحق به الولد.

وقال ابن وهب: يحد فى خدمة السنة إن كان عالمًا، وإن عذر بالجهل عوقب وقومت عليه، وإن وطئ السيد، خدمت بقية السنة كما لو أعتقها. واستحب محمد أن يغرم القيمة فيؤاجر منها من يخدم، فما فضل رد إليه،

(١) سقط فى أ.

وما عجز حط عنه .

قال اللخمي: قال عبد الملك، ومالك في قتل السيد: يغرم في أول المسألة السيد القيمة لأقصى عمر الأمة، أو عمر المخدم إن أعمار إياها، أو سنين [فالأقصى من عمر أو الستين]^(١)، وإن أعسر اتبعه بالقيمة؛ لأن الأصل في المنافع القيم، ووجه القضاء بالخدمة مكانها: أنها على وجه المعروف، فهي بخلاف منافع المكايسة، وقد قال فيمن تزوجت على عبد، ثم استلحق: أن الزوج يغرم مثله بخلاف البيع .

النظر الرابع: في أحكام أمهات الأولاد.

وفيه خمس عشرة مسألة.

الأولى^(٢): في التنيها: أمهات الأولاد ساداتهن الأحرار، لهن حكم الأحرار في ستة أوجه، والعبيد^(٣) في أربعة أوجه، فلا يبعن في دين ولا غيره، ولا يرهن ولا يوهبن، ولا يؤاجران، ولا يسلمن في جنائية، ولا يستسعين^(٤).
وحكم العبيد^(٥) في انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد، ويجبرن^(٦) على النكاح في أحد القولين، ويستخدمن الخدمة الخفيفة مما لا يلزم الحرية، ويستمع بهن كالأمة .

الثانية: في الكتاب: إذا ولدت في حياة سيدها، أو بعد موته، أو بعد أن أعتقها لما تلد له النساء، لحقه، إلا أن يدعى الحى استبراء، وينفى الولد .
الثالثة: إذا ارتد ولحق بدار الحرب، أو أسر فتنصر بها، وقف ماله، وأم ولده، ومدبروه، ويحرم على المرتد أم ولده في رده حتى يسلم فترجع إليه مع ماله، لأن المنافع الإذن فيها تابع لاستقرار الحياة، وحياة المرتد مطلوبة الإعدام .
وإن قتل، عتقت من رأس المال، ومدبره في الثلث بمقتضى العقود، وتبطل

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فرع.

(٣) في أ: السيد.

(٤) في أ: ويتبعن.

(٥) في أ: السيد.

(٦) في أ: ويجبر.

وصاياها، وماله للمسلمين.

قال ابن يونس: قال أشهب: تعتق بالردة، كما تبطل عصمة الزوجة.
قال: وهو أقيس؛ لأن القاعدة: أن أم الولد إذا حرم وطؤها عتقت؛ كالنصراني تسلم أم ولده، والردة أشد؛ لأن من أسلمت امرأته هو أملك بها إن أسلم في عدتها، وإذا ارتد لا تحل له إلا بِنكاح جديد بعد إسلامه؛ ولأنه أدخل الردة في مدة الإيقاف، بخلاف أم ولد النصراني؛ لأنه لا يجبر على الإسلام، وتبطل الوصية؛ لأنه كان أوصى حال رده لما كان له الرجوع، ووصية المرتد باطلة، للحجر عليه في ماله.
قال اللخمي: قال أشهب في الزوجة إن لم يتب حتى انقضت العدة: بانته، وكان الطلاق من يوم ارتد، فإن تاب قبل انقضائها بقيت على الزوجية؛ كإسلام المرأة، فعلى هذا تكون أم الولد في الاستبراء إن تاب قبل فراغ الحيضة، حلت له، وإلا حرمت، وكانت حرة من يوم الردة.

الرابعة: في الكتاب: إن أسلمت أم ولد الذمي:

قال مالك مرة: توقف حتى يموت أو يسلم فتحل له، ورجع إلى أنها تعتق، وولاؤها للمسلمين؛ لأنه لم يبق فيها إلا الوطء، قد حرم، ولا يستسعيها في قيمتها، فإن أسلم بعدها قبل أن تعتق فهو أحق بها، وتبقى له أم ولد، وإن طال ما بين إسلامها^(١) وما ولدت من غير سيدها الذمي بعد أن أولدها، لا تعتق بإسلامها؛ لأن الابن^(٢) يتبع الأب في الدين، وإن أسلم كبار الولد لم يعتقوا إلا بموت السيد، وإن أسلمت أم ولد المكاتب الذمي، وسيدها^(٣) ذمي أو مسلم - وقفت^(٤)، فإن أدى الكتابة، عتق وعتقت، أو عجز، رقت وييعت.

وقال ابن يونس: قال محمد: إن أسلمت أم ولد الذمي، عرض على سيدها الإسلام، فإن امتنع، عتقت بالحكم، قاله مالك وأصحابه.

قال ابن عبد الحكم: إن أسلم قبل حيضة فهو أحق، أو بعدها عتقت، كإسلام امرأته، قال بعض الشيوخ: إذا وقفت حتى يموت أو يسلم، نفقتها على سيدها

(١) في أ: غلامه.

(٢) في أ: الأب.

(٣) في أ: وسيد.

(٤) في أ: يعتق.

يجبها له، فإن لم يكن له مال ولا لها، عتقت؛ كما قيل: إن عجز المسلم عن نفقة أم ولده، عتقت؛ كما تطلق الزوجة.

وقيل في العجز عن النفقة بزوجه، وهو الفرق بينها وبين الزوجة. وإن أسلم هو دونها، بقيت له أم ولد.

فرع: قال ابن يونس: إن مات الذمي وتحاكم الوارث وأم الولد إلينا: قال ابن وهب: منعناه من البيع، وإن رضوا بحكمنا لم يمكننا من الرجوع عنه، وكذلك إن حلف بطلاق امرأته وعتق عبده، فرفعت المرأة أو العبد ذلك للحاكم، طلق عليه وأعتق.

قال سحنون: وهو خلاف مالك وأصحابه، وإن جنت أم ولد الذمي، جبر على افتكاكها، بخلاف لو جنى ولدها لم يجبر، بل يفديه بدية الجناية [أو يسلم خدمته حتى يوفى الجناية]^(١) منها، فإن مات السيد، اتبع الولد ببقية الجناية إن بقى شيء. قال اللخمي: على القول بالعتق، هل يفترق إلى الحكم؛ لأنه مختلف فيه أم لا؟ قولان لمالك، وابن عبد الحكم.

الخامسة^(٢): [في الكتاب]^(٣): تمتنع كتابة أم الولد بخلاف عتقها على مال يتعجله، وتفسخ الكتابة، إلا أن تفوت بالأداء فتعتق، ولا يرجع فيما أدت؛ لأن لك الانتزاع ما لم تمرض، والكتابة لا تزيد خيرا^(٤) فلا تشرع، وليس لك فيها خدمة ولا استسعاء [ولا غلة]^(٥)، بل المتعة، وكذلك الخدمة في أولادها من غيرك ممن ولدته بعد ولادتها منك؛ لأنك لا تطوهم، فلم يبق إلا الخدمة، ويعتقون كأهمهم بعد موت السيد، ولك تعجيل عتقها على دين يبقى عليها برضاها.

قال يحيى بن سعيد: فإن مات السيد اتبعت بذلك، بخلاف الكتابة لتحصيل ذلك المال تعجيل عتق، وإن كاتب الذمي أم ولده فأسلمت، عتقت، وسقطت الكتابة. قال ابن يونس: قيل: إذا كاتبها في مرضه ودفعته إليه شيئا، ينبغي أن ترجع بذلك عليه، وتطالب تركته إن مات، وقوله في كتابة الذمي أم ولده فتسلم أنها تعتق: مبني إما

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: فرع.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: جبرًا.

(٥) سقط في أ.

على قوله فى إسلام أم ولده: أنها تعتق، أما على قوله: توقف حتى يسلم أو يموت فتخير بين التماذى على كتابتها فتعتق بأدائها، أوتعجز نفسها وتبقى موقوفة له. وعلى القول بأن أم ولده تباع إذا أسلمت، ويدفع له ثمنها: تباع كتابتها ولا يكون أسوأ حالا منها.

قال اللخمي: قال الأبهري: إن رضيت أم الولد بالكتابة، جاز، وهو أصل مالك؛ لأن الحر لو وهب منافعه وكسبه، صح، وههنا أولى؛ لأنها تعجل بذلك عتقها، فإن خيرها وأدت عتقت، ولم ترد، وإن علم به قبل الوفاء فاختارت الإمضاء صح، وإلا امتنع من طلبها، وكذلك يجوز عتقها على مال فى ذمتها إن رضيت، وإلا فلا يلزمها، ويمضى العتق بلا مال، وكذلك القطاعة، وإن مات السيد قبل وفاء الكتابة أو القطاعة عتقت وسقط ذلك عنها وإن تعجلت العتق على مال يكون فى ذمتها فمات السيد قبل وفائه، لم يسقط عنها.

السادسة: يمتنع بيع أم الولد، وقالة الأئمة. ولبعض الشافعية، وداود، وبشر المريسي^(١): جواز البيع. لنا: قوله -عليه السلام-: «أيا رجل ولدت أمته فهى معتقة عليه عن دبر منه»^(٢).

ويقوله فى أم ولده إبراهيم: «أعتقها ولدها»^(٣) والحر لا يباع. وروى مالك: قال عمر -رضى الله عنه-: «أيا وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها، ولا يهبها، ولا يورثها، ويستمتع بها ما عاش، فإن مات فهى حرة». وفى الصحاح: حديث أبى سعيد الخدرى: خرجنا مع رسول الله -ﷺ- فى غزوة بنى المصطلق، فأصبنا سبيًا من سبى العرب، فاشتبهنا النساء واشتدت علينا العزبة وأحببنا الفداء، فأردنا أن نعزل^(٤) الحديث، فقوله: «أحببنا الفداء»، يدل على أن الحمل يمنع المعاوضة. وانعقد الإجماع على منع بيعها حالة الحمل.

(١) فى أ: وسند الميضى.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخارى (٥٢١٠)، ومسلم (١٤٣٨/١٢٥).

والأصل: بقاء الإجماع والمنع.

احتجوا: بقوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] ونحوه.

وعن جابر: (كنا نبيع أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ ، وعهد أبي بكر، وصدر من خلافة عمر، ثم نهانا فانتھينا)^(١).

ولأنه لو أعتق ولد أمة في بطنها، لم تصر حرة ولم يمتنع بيعها، فكذلك أم الولد، ولو زوج أمته من ابنه، فإنها تعلق^(٢) بحر، ومع هذا لا يزول الملك عنها ولا يمتنع بيعها.

والجواب عن الأول: أن نصوصنا أخص من تلك الظواهر، فتقدم.

وعن الثاني: يحمل على بيعهن إذا ولدن من الغير؛ توفيقاً بين الأدلة، أو ذلك بغير علمه - عليه السلام - كما قال ابن عمر: كنا نخبر على عهد رسول الله ﷺ - حتى روى لنا رافع بن خديج نهيه عليه السلام عنها فانتھينا^(٣). وإذا حمل على الولادة من الأزواج يكون نهى عمر على الكراهة.

وعن الثالث: إذا أعتق حملها تكون علفت برقيق طراً عليه العتق، وههنا بحر أصالة فتسرى إليها حرته.

وعن الرابع: أن الولد يخلق مملوكاً، والعتق على الابن؛ لأنه أخوه.

فرع: في الكتاب إن أعتقها المبتاع، نقض البيع والعتق، وعادت أم ولد، فإن فاتت بيده قبل الرد، ضمنها، ويرد الثمن، وإن ماتت بعد موت البائع أو قبله أوبقيت، يتبع البائع بالثمن في ذمته، ملئاً أو معدماً.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن جهل موضع المبتاع، فعلى البائع طلبه حتى يرد إليه الثمن، ماتت أم الولد أو بقيت.

فإن أولدها المبتاع:

قال مالك: لحقه الولد بغير قيمة فيه؛ لأن البائع أباحه فرجها، بخلاف لو بيعت عليه بغير طوعه له.

وقال عبد الملك: عليه قيمة الولد عبداً.

(١) تقدم.

(٢) في ط: تعتق.

(٣) أخرجه مسلم (١٥٤٧/١٠٦).

وقال ابن عبد الحكم: على أنه يعتق بموت البائع، فإن زوجها المبتاع لعبده فولدت منه، ردت مع ولدها، ولولدها حكم ولد أم الولد.
وقال أصبغ: ذلك سواء، أولدها المشتري أو زوجها، لا قيمة للبائع في ولدها؛ لأنه أباحها.

قال أصبغ: وإن باعها فشرط أنها حرة، لم ترد، وولاًؤها لسيدها، ويسوغ له الثمن لعلم المبتاع؛ كأخذه مآلاً على أن يعتقها، فإن باعها على أن يعتقها المبتاع لا على أنها حرة من حينه، ردت مالم تفت بالعتق فيمضى، والولاء للبائع، ويسوغ له الثمن لعلم المبتاع ولو لم يعلم لرجع بالثمن.

قال اللخمي: ظاهر المذهب: إذا نقض البيع، لا شيء على البائع من نفقة المشتري عليها ولا له قيمة خدمتها؛ لأن الخراج بالضمان.

وقال سحنون: يرجع عليه بالنفقة والآخر بالخدمة؛ لأنها غير مضمونة، ولو أجرها السيد ففادت الإجارة، لكانت للسيد، واختلف في المستحق بحريته:

قال ابن القاسم: لا شيء على المشتري من خراجها، وخالفه المغيرة؛ لأنه غير مضمون، وإذا رد إليه البيع تحفظ منه عليها؛ لثلا يعود لبيعها، ولا يمكن من السفر بها، فإن لم يمكن التحفظ، عتقت عليه؛ كقول مالك في بائع امرأته.

السابعة: قال ابن يونس: قال أصبغ: إن قال لأم ولده: إن وطئتك، فأنت حرة، لم تعتق عليه؛ لبقاء التلذذ بغير الوطء، ولو كان يملك أختها، لم تحل له حتى يحرم فرج هذه بغير هذا اليمين.

الثامنة: قال: قال مالك: إذا مات سيدها [وبيدها]^(١) حلى ومتاع، فهو لها؛ لأن اليد توجب الملك، إلا الأمر المستكثر، وكذلك ما كان لها من ثياب إن عرف أنها كانت تلبسها في حياة سيدها.

وعنه: الحل، واللحاف، والفراش، والثياب، لها، ومتاع البيت يحتاج فيه للينة، وإن كان من متاع النساء، بخلاف الحرة.

وعنه: إن وصى عند موتها: أنها إن قامت على ولدها المدعو لها، ما كان لها من حلّى وكسوة، وإن لم تقم وتزوجت فخذوه، فليس ذلك له، بل هو لها متى مات،

(١) سقط في أ.

وليس له فى مرضه انتزاع ما كان أعطاها، وكذلك المدبرة.
 التاسعة: قال فى الجواهر: إن جنت، فعلى السيد فداؤها؛ قياساً على القن الذى منع من بيعه لسبب.
 قال: وإذا اقتداها فبالأقل من أرش الجناية عليها وعلى ولدها، وله قيمتها فى جناية القتل وقيمتهم، فإن مات قبل قبض الأرش، فهل هو لوارثه أو يتبعها كمالها؟ روايتان.

فى المتقى: وإذا قومت فى الجناية:
 قال مالك: تقوم بغير مالها.
 قال: وأرى أن تقوم بمالها، وقاله عبد الملك؛ كالأمة القن.
 فإن ماتت بعد الجناية:
 قال ابن القاسم: لا شئ للمجروح من مالها؛ لأنها لو كانت حية لقومت بغير مالها.
 وقال عبد الملك: إن كان عبداً أدى منه الأرش، فإن لم يف لم يكن له غيره، وإن كان عرضاً، خير سيدها فى فدائه أو إسلامه، فإن تكررت جنائيتها وتعقب كل جناية الحكم فيها، فحكم الثانية وما بعدها حكم الأولى، أو تكرر قبل القيام عليها: فعن مالك: ليس عليه إلا قيمتها بجميع الجنایات؛ كالقن إذا جنت جنایات، وقاله (ح)، وأحد قولى (ش).
 ولا يرجع على أم الولد إذا عتقت بشئ من جنایاتها إذا حكم على السيد بالقيمة؛ لأنها تتعلق بقيمتها دون ذمتها.
 العاشرة: قال صاحب الإشراف: ليس له إجارتها، [خلافاً] (ح)، و (ش)؛ قياساً على بيعها.

الحادية عشر: قال ابن القصار: عن مالك: له أن يجبرها على الزواج.
 وعنه: لا بد من إذنهما، وعنه: ولا يأذنهما، وبهذه الرواية قال (ش)، وبالجبر قال (ح)؛ كالأمة القن، وكالمدبرة.

واشترط الإذن لما فيها من شائبة الحرية، وقياساً على المكاتبه.
 ووجه المنع: لنقص الملك عن الجبر، ولم تكمل الحرية، فامتنع التزويج؛ كنقص العمر عن التزويج فى الصغيرة، وهى لم تكمل، فامتنع تزويجها.
 وعلى المنع، فهل يمتنع [تزوج] الحاكم؟ قاله القاضى أبو الحسن؛ لأنه نائب

عنها، وكل واحد منهما ناقص.

وفى الجلاب: يكره له أن يزوجها برضاها؛ لأنه تمكين غيره من فراشه، وهو تأباه المروءة.

فى المتقى: فإن زوجها: قال ابن القاسم فى المدونة: لا نفسخه.

الثانية عشر: قال الباجى - فى المتقى -: قال ابن القاسم: لا يتبعها فى الخدمة، وإن كانت دنيئة، بل تخدم الدنيئة فيما خف.

وقال (ش)، و (ح): له فيها الخدمة مع الاستمتاع.

وقال: وهو الأظهر عندى، استصحاباً للملك فى ذلك؛ وقياساً على أولادها. الثالثة عشر: قال: عليه الإنفاق عليها، فإن أعسر، ففى عتقها عليه قولان؛ بناء على أنها تحصل النفقة بالزواج؛ قياساً على الأمة إذا أعسر بنفقتها، فإن غاب عنها ولم يترك نفقة، فهل تعتق عليه؛ لأن تزويجها مكروه، أو يزوجها الحاكم؟ قولان. الرابعة عشر: قال: حكمها بعد موته حكم الحرائر إن ولدت قبل وفاته، فإن مات وهى حامل:

فعن مالك: تمت حريتها.

وقال المغيرة: يوقف أمرها؛ لاحتمال أن يكون ربحاً.

قال صاحب المقدمات: إيقافها يروى عن مالك، وعليه تكون لها النفقة، ويختلف على القول بأنها تكون حرة بتبين الحمل، هل لها نفقة، على الخلاف فى أم الولد الحامل، هل لها نفقة فى تركة سيدها؟ لمالك قولان، ولم يختلف قوله: أن الحرة لا نفقة لها من مال زوجها، وإن حبسها الميراث.

الخامسة عشر: فى الجلاب: من أحاط الدين بماله فحملت أمته منه، لم تتبع فى دينه؛ كالمريض يطأ فتصير أم ولد، وتعتق وترد بالفعل أقوى من القول. قال شارح الجلاب: إلا أن يحجر عليه قبل الوطء، فتباع فى الدين بعد الوضع.

كتاب الجنائيات

وهي سبعة: البغى، والردة، والزنى، والقذف، والسرقه، والحراية، والشرب.
وأصلها من الجنى كأن من فعل أحدها فقد استثمر أخلاقه، كما تجنى الثمرة من الشجرة.

الجنائية الأولى: فى البغى، والنظر فى صفات البغاة، وأحكامهم.

النظر الأول: فى صفاتهم، وأصلها - لغة - الطلب: قال الله - تعالى - ﴿مَا تَبَغَّى هَٰذِهِمْ بِضَعَفَيْنَا رُدَّتْ إِلَيْنَا﴾ [يوسف: ٦٥] أى: ما نطلب.

وفى الجواهر: خصصه الشرع ببعض موارد، وهو الذى يخرج على الإمام يبنى خلعه، أو يمتنع^(١) من الدخول فى طاعته، أو يمنع حقاً وجب عليه بتأويل. ووافقنا الأئمة على هذا التفسير، غير أنهم نصوا على اشتراط الكثرة المحوجة للجيش، وأن العشرة ونحوها قطاع الطريق.

[لأن ابن]^(٢) ملجم لما جرح^(٣) علياً - رضى الله عنه - قال للحسن: إن برئت رأيت رأى، وإن مت فلا تمثلوا به، فلم يثبت لفعله حكم البغاة، واشتروطوا التأويل مع الكثرة، والخروج على^(٤) الإمام، فجعلوا الشروط ثلاثة.

واختلفوا فى الخوارج المكفرين لكثير من الصحابة، المستحلين دماء المسلمين، وأموالهم: فقال (ش)، و (ح)، [ومتأخرو الأصحاب هم بغاة، ولمالك فى تكفيرهم قولان، فعلى تكفيرهم: يكونون بغاة]^(٥).

النظر الثانى: فى أحكامهم، وهى اثنا عشر.

الأول: وجوب قتالهم؛ لقوله - تعالى - ﴿وَلَا تَلْفَنَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَفْتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا فَإِنْ بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَىٰ فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبَغَّى حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ﴾ [الحجرات: ٩] وفيها أربع فوائد:

الأولى: أن الله - تعالى - لم يخرجهم بالبغى عن الإيمان؛ لأنه - تعالى -

(١) فى ط: يمنع.

(٢) فى ط: ابن.

(٣) فى أ: حزج.

(٤) فى ط: عن.

(٥) سقط فى أ.

سماهم مؤمنين - .

الثانية: ثبوت قتالهم؛ لأن الأمر للوجوب.

الثالثة: سقوط قتالهم إذا فاءوا إلى أمر الله.

الرابعة: جواز قتال كل من منع حقاً عليه.

وقاتل الصديق - رضى الله عنه - مانعى الزكاة بتأويل، وقاتل على - رضى الله عنه - البغاة الذين امتنعوا عن بيعته^(١)، وهم أهل الشام، وطائفة خلعتهم، وهم أهل القيروان.

وفى الجواهر: قال سحنون: إذا خرجوا بغياً، ورغبة عن حكم الإمام: دعاهم الإمام إلى الحق، فإن أبوا: قاتلهم، وجاز له سفك دمه حتى يقرهم، فإن تحققت هزيمتهم، وأمنت دعوتهم: فلا يقتل منهم، ولا يذفف على جريحهم - بالذال المنقوطة - وهو ما يسرع به إلى قتله، وقاله الأئمة، فإن لم يؤمن رجوعهم فيقتل^(٢) منهم جريحهم.

وروى عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «يَا بَنِي أُمِّ عَبْدٍ، مَا حُكْمُ مَنْ بَغَى^(٣) مِنْ أُمَّتِي؟ فَقُلْتُ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ قَالَ: أَلَا يُتَّبَعُ مُذْبِرُهُمْ، وَلَا يُجْهَزُ - بالزاي المنقوطة - عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرُهُمْ، وَلَا يُقَسَّمُ فَيْتُهُمْ»^(٤) ولنا العصمة، لقوله - عليه الصلاة والسلام - : «إِنْ قَالُوا هَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ، وَأَمْوَالَهُمْ إِلَّا بِحَقِّهَا»^(٥).

ويقتل الرجل فى قتالهم أخاه وقريبه مبارزة، وغير مبارزة، وجده^(٦) لأبيه ولأمه، كما فى قتال الكفار؛ لأنه قتال ضرورة، ولا أحب قتل الأب وحده عمداً مبارزة، أو

(١) فى أ: من بيعه.

(٢) فى أ: قتل.

(٣) فى أ: بقى.

(٤) أخرجه الحاكم (١٥٥/٢)، والبيهقى (١١٢/٨)، وفى إسناده كوثر بن حكيم: متروك. ينظر: تلخيص الحبير (١٢٥/٤).

(٥) أخرجه البخارى (٣٠٨/٣) كتاب الزكاة: باب وجوب الزكاة (١٣٩٩)، وفى (٢٨٨/١٢) كتاب استتابة المرتدين (٦٩٢٤)، وفى (٢٦٤/١٣) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة (٧٢٨٤)، ومسلم (٥٢/١) كتاب الإيمان: باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله (٢١/٣٣).

(٦) فى أ: ورحله.

غيرها وإن كان كافراً؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لِّمَنَّا أَمْرٌ وَلَا نَنْهَرُهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]، وقال - تعالى - : ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَلَّةً أُمًّا وَهَنًا عَلَى وَهْنٍ وَفَصْلًا فِي عَمَلَيْنِ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلَوْلَايَكَ إِلَى الْمَصِيرِ وَإِنْ جَهَدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطْعَمُهُمَا﴾ [لقمان: ١٤] فدل على أن الكافر اندرج في الموصى بيره؛ لأنه لا يأمر بالشرك إلا كافراً.

وقال أصبغ: يقتل أباه وأخاه.

وإذا امتنع أهل البغي، وكانوا أهل بصائر وتأويل، أو أهل عصبية من الإمام العدل، [وهو إما^(١)] ينصب المجانيق ويقطع ميرتهم، وماءهم، أو يرسل الماء عليهم، ليغرقهم كالكفار، وإن كان فيهم النساء والذرية، ولا يرميهم بالنار، إلا ألا يكون فيهم نساء، ولا ذرية، فله ذلك إلا أن يكون فيهم من لا يرى رأيهم، ويكره بغيهم، أو خيف أن يكون فيهم فلا يفعل شيئاً مما ذكرناه.

واختلف العلماء إذا حضر معهم من لا يقاتل: فقال ابن حنبل، و(ش) - في أحد قوليهِ -: لا يقتل؛ لأن علياً - رضى الله عنه - نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد، فقال: إياكم، وصاحب البرنس - وُصِفَ بذلك لكثرة عبادته - فقتله رجل وأنشأ يقول:

وأشعث قوام بآيات ربه	قليل الأذى فيما ترى العين مسلم
هتكت له بالرمح جيب قميصه	فخر صريعاً للبيدين وللقم ^(٢)
على غير شيء غير أن ليس تابعا	علياً ومن لم يتبع الحق يظلم
يناشدنى حاميم والرمح شاجر	فهلا تلا حاميم قبل التقدم ^(٣)

(١) سقط في ط.

(٢) البيت لجابر بن حنى في شرح اختيارات المفضل ص ٩٥٥، وشرح شواهد المغنى (٢)/ ٥٦٢، وللأشعث الكندي في الأزهية (٢٨٨)، ولربيعه بن مكرم في الأغاني (٣٢/ ١٦)، ولعصام بن المقشعر في معجم الشعراء ص ٢٧٠، ويلا نسبة في أدب الكتاب ص ٥١١. ويروى: تناوله بالرمح ثم اتنى له.

(٣) البيت للأشعث النخعي في الاشتقاق ص ١٤٥، ولعدى بن حاتم الطائي في حماسة البحرى ص ٣٦، ولشريح بن أوفى العيسى في اللسان (حمم)، ويلا نسبة في اللسان (ندم)، والمقتضب (٢٣٨/ ١).

ويروى: «يذكرنى» بدلاً من «يناشدنى».

وكان السجاد حامل راية أبيه، ولم يكن يقاتل، فلم ينكر على قتله، ولأنه مبارزة لهم أو يلاحظ أن المؤمن معصوم الدم إلا ما أجمعنا على تخصيصه فتوجه الخلاف، وإذا استعان أهل التأويل بالذمة ردوا إلى ذمتهم، ووضع عنهم مثل ما وضع عن المتأولين.

وإن قاتل النساء مع البغاة بالسلاح: فلنا قتلهن في القتال، وإن لم يقاتلن إلا بالتحريض، ورمى الحجارة: فلا يقتلن إلا أن يقتلن أحدًا بذلك، وإن أسرن^(١) وقد كن يقاتلن قتال الرجال: لم يقتلن إلا أن يكن قد قتلن أحدًا بذلك فيقتلن.

قال الشيخ أبو محمد: يريد: في غير أهل التأويل.

نظائر: قال ابن يشير يمتاز قتال البغاة على قتال المشركين بأحد عشر وجهًا: أن يقصد بالقتال ردعهم القهري، ويكف عن مدبرهم، ولا يجهز على جريحهم، ولا يقتل أسراهم، ولا تغنم أموالهم، ولا تسي ذراريهم ولا يستعان عليهم بمشرك ولا يوادعهم على مال، ولا تنصب عليهم الرعادات، ولا تحرق عليهم المساكن ولا يقطع [عليهم]^(٢) شجرهم.

وقتال المحاربين قتال البغاة إلا في خمس: يقاتلون مدبرين، ويجوز تعمد قتلهم، ويطلبون^(٣) بما استهلكوا من دم ومال في الحرب وغيرها، ويجوز حبس أسراهم لاستبراء حالهم، وما أخذوه من الخراج والزكاة لا تسقط عنهم كان عليه، كالغاصب.

[الثاني: في الجواهر: إن ولوا قاضيًا، أخذوا الزكاة، أو أقاموا حدًا: نفذ عبد الملك ذلك كله للضرورة مع شبهة التأويل، ورده ابن القاسم كله؛ لعدم صحة الولاية]^(٤).

فرع:

الثالث: قال ولا يضمنون ما أتلّفوه في الفتنة من نفس، أو مال، إن كانوا خرجوا بتأويل، وأهل العصبية، ومخالفة السلطان بغير تأويل يلزمهم النفس والمال قائمًا أو فائتًا قال الطرطوشي: ولا يضمن المرتدون النفس والمال، وهو خلاف ما تقدم لابن

(١) في أ: أسرن.

(٢) سقط في ط.

(٣) في أ: ويطلبوا.

(٤) سقط في أ.

بشير، قال: ولا خلاف أن أهل العدل لا يضمنون، وأن ما أثلفته إحدى الطائفتين على الأخرى في غير القتال أنه يضمن.

وقال (ح): ما أثلفه البغاة لا يضمن، بخلاف المرتد قبل الدخول بدار الحرب [يضمن^(١)] وبعد اللحق بدار الحرب [لا]^(٢) يضمن، ووافقنا ابن حنبل في البغاة، وعند (ش) في المسألتين قولان.

لنا: في المرتدين قوله - تعالى - ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] وقوله - عليه السلام - «الإسلام يجب ما قبله»^(٣) وإجماع الصحابة؛ لأن الصديق - رضى الله عنه - قال للمرتدين: مسيلمة، وطلحة وغيرهما^(٤) تدون قتلتنا، ولا ندى^(٥) قتلاكهم، فقال عمر: ولا يدون قتلتنا، وإنما أصحابنا عملوا^(٦) لله - تعالى - فأجرهم على الله، فسكت أبو بكر، ولم ينكر عليه أحد وكان إجماعاً.

ولنا: في البغاة قوله - تعالى -: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾ إلى قوله - تعالى -: ﴿فَقَاتِلُوا آلِي بَنِي﴾ [الحجرات: ٩] والإذن في القتال يسقط الضمان، كالسبع، والصائل، وقياساً على الحربين، ولأنه لا يضمن المحق، فلا يضمن المبطل، كالمسلمين على الكفار. احتجوا بالقياس على الأموال الباقية العين، ولأن كل واحد من أهل الضمان في حق الآخر في إتلاف العدوان، فيضمن مطلقاً، كغير الباغي، وقياساً على ما بعد القتال، وقاطع الطريق، وأهل العدل في بعضهم، وعلى الجماعة التي لا تمتنع.

والجواب عن الأول بالفرق أن المعين لا يتقرر في الذمة، بخلاف التالف، ولأنه لا ضرر في رد العين القائمة، والغرامة في التالفة.

والجواب عن الثاني بالفرق بعدم العذر، وتحقيق القصد للفساد، وهو جواب

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ط.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٤/١٩٩، ٢٠٤، ٢٠٥)، وابن سعد في الطبقات (٧/٢/١٩١)، والبيهقي في الدلائل (٤/٣٥١)، والحاكم في المستدرک (٣/٤٥٤).

(٤) زاد في أ: فقال.

(٥) في أ: ولا ندين.

(٦) في أ: علموا.

الثالث، والرابع، والخامس.

وعن السادس: أنهم إذا امتنعوا^(١) كانوا أضر على الإسلام، فيتلاقوا^(٢) بإسقاط التبعات إذا رجعوا.

الرابع: قال في الجواهر: لا تؤخذ أموالهم، ولا حريمهم، ولا يقتل أسيرهم، ويؤدب ويسجن حتى يتوب، وإن قتل أحدًا قتل به إن كانوا بغير تأويل.

قال ابن حبيب: إن كانت لهم فيه قائمة استعان^(٣) الإمام بسلاحهم، وكراهم على قتالهم إن احتاج إليهم، ويرد لربه إذا زالت الحرب، ولا يستعان بشيء منه إن لم يكن فيه قائمة، ويرد إليهم، أو لأهلهم عند الأمن منهم.

الخامس: قال: إذا سأل أهل البغي الإمام العدل التأخير^(٤) أيامًا، أو شهرًا حتى ينظروا في أمرهم، أو يدلوا بحجة: لم يحل أخذ شيء منهم، وله تأخيرهم تلك المدة ما لم [يكونوا]^(٥) يقاتلون فيما أخذوا، أو يفسدون، فلا يؤخرهم حيثئذ.

السادس: في النوادر: إذا قتل البغاة أو الكفار رهائنًا: لم تقتل رهائنهم، ونرددهم إليهم، وكذلك فعله معاوية وقال عبد الملك نسترقهم، ولا نردهم.

السابع: قال: قتلنا في القتال كالشهداء، وقتلهم يتركون، إن صلى عليهم منهم أحد، وإلا دفنوا بغير صلاة.

وعند سحنون: يصلى عليهم غير الإمام.

الثامن: لا يبعث بالراءوس للآفاق؛ لأنه مثله.

التاسع: من قتل أباه أو أخاه من البغاة: لم يحرم عليه ميراثه؛ لأنه لم يتعجل ما أجله الله - تعالى -.

العاشر: قال: إن ألجأونا إلى دار الحرب: لم يجز أن يغزو بمشركين عليهم.

الحادي عشر: قال: إذا اقتتل منهم طائفتان لا نقدر نحن على إحداهما فلا نقاتل مع إحداهما الأخرى؛ لأنهم غير منضبطين للقتال المشروع.

(١) في أ: استغنوا.

(٢) في أ: فيتاليب.

(٣) في أ: ايستعان.

(٤) في ط: تأخير.

(٥) سقط في ط.

الثاني عشر: إن سبوا مشركين قد صالحناهم حرم علينا شراؤهم منهم، ونقاتلهم لخلاصهم، وكذلك من صالحهم أهل البغي من الكفار، بخلاف لو استعانوا بهم؛ لأن الاستعانة ليست تأمينا.

تنبيه: الأصل في الإلتلاف: إيجاب الضمان، واستثنى من ذلك صورتان: البغاة؛ ترغيباً في الرجوع إلى الحق - والحكام لئلا يزهّد الناس في الولايات، فتضيع الحقوق.

الجنابة الثانية: الردة: - نسأل الله - تعالى - العافية منها ومن غيرها - والنظر في حقيقتها وحكمها .

النظر الأول: في حقيقتها: وهي عبارة عن قطع الإسلام من مكلف، وفي غير البالغ خلاف إما باللفظ، أو بالفعل: كإلقاء مصحف في القاذورات، ولكليهما مراتب في الظهور، والخفاء، ولذلك لا تقبل الشهادة فيها إلا على التفصيل، ولاختلاف المذاهب في التكفير.

والأصل: حمله على الاختيار في دار الحرب وغيره حتى يثبت الإكراه، فيسقط اعتباره لقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦]. وفي هذا الطرف سبع مسائل:

الأولى: في الجواهر: روى ابن القاسم: إن أسلم، ثم ارتد عن قرب، وقال: أسلمت عن ضيق: إن عرف أنه عن ضيق ناله، أو خوف ونحوه: عذر، وقاله ابن القاسم.

وقال أشهب: لا يعذر، ويقتل، وإن علم أنه عن ضيق، وقاله (ش)؛ لأن الإكراه على الإسلام مشروع كما في الحربيين.

وجوابه: أنه مسلم فيهم لعدم العهد، أما الذمي: فعده يمنع الإكراه، فلا يثبت منه إسلام^(١) حقيقى مع اختيار.

قال أصبغ: قول مالك أحسن، إلا أن يثبت على الإسلام بعد الخوف. قال محمد في النصراني يصحب القوم في سفر، فيظهر الإسلام، ويتوضأ، ويصلى، وربما أمهم، فلما أمن قال: تحصنت بالإسلام لئلا تؤخذ بناتى، ونحو

(١) في أ: الإسلام.

ذلك: له إن أشبه ما قال، ويعيدون ما صلوا خلفه في الوقت، وبعده، وقاله مالك. وقال سحنون: إن كان في موضع يخاف على نفسه، فدارى عنها، وعن ماله: فلا شيء عليه، ويعيد^(١) القوم صلاتهم، أو في موضع هو فيه آمن، عرض عليه الإسلام: إن أسلم: لم يعيدوا صلاتهم، وإلا قتل، وأعادوا. قاعدة: الإكراه مسقط^(٢) لاعتبار الأسباب: كالبيع، والطلاق، وغيرهما، والردة سبب الإهدار^(٣) والإسلام سبب العصمة، فيسقطان مع الإكراه، غير أن (ش) اشترط الإكراه على غير الذمي^(٤) يقضى بإسقاطه، فلا بد أن يلزمه على الطلاق، وإلا لا يسقط، وكذلك سائر الأسباب، ونحن نلاحظ المعنى، فمتى ألجئ للشئ بالخوف على غيره، وإن لم يقصده المكره له، عد إكراهًا فيه، وهو مقتضى الفقه؛ لأن المقصود وقوع التصرف على خلاف الداعية والاختيار، وأنه صار كالآلة وما فيه من الداعية منسوب للمكره لا له.

الثانية: في النوادر: قيل لراهب: أنت عربي، عرفت فضل الإسلام، فما منعك منه؟ قال^(٥): كنت مسلمًا زمانًا ولم أره خيرًا من النصرانية، فرجعت إليها، وقال عند^(٦) الإمام: كنت كاذبًا: قال ابن وهب: لا يعاقب، ولا يستتاب إلا أن يشهد عليه من رآه يصلي، ولو ركعة.

الثالثة: قال: قال ابن القاسم: إن قال: أسلمت مخافة الجزية، أو أمر أظلم فيه: قبل منه، وليس كالمرتد، ولو اشترى مسلمة فأخذ معها، فقال: أنا مسلم واعترف أنه إنما قال ذلك لمكانها لا يلزمه إلا الأدب، دون السبعين سوطًا، قاله ابن القاسم. الرابعة: قال: إن ارتد ولد المسلم المولود على الفطرة، وعقل الإسلام، ولم يحتلم: قال ابن القاسم: يجبر على الإسلام بالضرب، والعذاب، فإن احتلم على ذلك، ولم يرجع: قتل، بخلاف الذمي يسلم ثم يرتد وقد عقل، ثم يحتلم على

(١) زاد في أ: عليه.

(٢) في أ: الإسقاط إكراه.

(٣) في أ: الإقرار.

(٤) في أ: عين الذي.

(٥) في أ: فإن.

(٦) في أ: ضد.

ذلك، وفرق بينهما، وليس كذلك [ولد]^(١) المرتد، وجعلهم أشهب سواء، ويرد إلى الإسلام بالسوط والسجن.

وقال (ش) لا تنعقد ردة الصبي، والمجنون، ولا إسلامهما، وله في السكران بمعصية قولان، ومنع (ح) في السكران الإسلام، والردة.

وقال أصبغ وابن حنبل: يصح إسلام الصبي، وردته. غير أن (ح) قال: تبين امرأته، ويزول ملكه، ولا يقتل.

وقال ابن حنبل: يقتل بعد البلوغ بثلاثة أيام للاستتابة.

لنا: قوله - عليه السلام - «أُمِرْتُ أَنْ أَقَاتِلَ النَّاسَ حَتَّى يَقُولُوا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ...» الحديث و «مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ دَخَلَ الْجَنَّةَ»^(٢).

وقياساً على الصلاة، والحج، وهو إجماع الصحابة - رضى الله عنهم - فأقول^(٣) الصبيان إسلاماً على - رضى الله عنه - وهو ابن ثمان، وكذلك الزبير ابن ثمان، وهو كثير، وإذا صح إسلامه، فكذلك رده؛ لأنهما معنيان يتقرران في القلب، كالبالغ.

واحتجوا بقوله - عليه السلام -: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ»^(٤) وأنه لا يصح إقراره، ولا طلاقه، ولا عقوده، فلا تصح رده، وإسلامه، كالمجنون.

والجواب عن الأول: أن رفع القلم رفع الإثم، ونحن لا نؤثمه حيثنذ، بل نعتبره شيئاً يظهر أمره بعد البلوغ.

وعن الثانى: أن هذه أعظم خطراً، فاعتبرت بخلاف غيرها، فإن قاسوا على قتل الآدمى: فإنه لا يوجب عليه قتلاً بعد البلوغ قريباً بذلك، ويؤكد ما قلناه: أن الأسباب العقلية معتبرة من الصبي والمجنون، كالاصطياد، والاختطاف، وإحبال

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه البخارى (٢٩٤/١٠) كتاب اللباس: باب الثياب البيض (٥٨٢٧)، ومسلم (٩٤/١) كتاب الإيمان: باب من مات لا يشرك بالله شيئاً (٩٤/١٥٣).

(٣) فى أ: فأقل.

(٤) من حديث على: أخرجه أبو داود (٥٦٠/٤) (٤٤٠٣)، والترمذى (٣٢/٤) حديث (١٤٢٣)، وأخرجه ابن ماجه (٦٥٨/١) (٢٠٤١)، وابن حبان كما فى الموارد ص (٣٦٠) (١٤٩٧)، والحاكم فى المستدرک (٢٥٨/١).

الإماء، والكفر والإيمان فعلان للقلب، فاعتبرا.

قاعدة: خطاب التكليف يفتقر إلى العلم، والقدرة، وأهلية التكليف وخطاب الوضع لا يفتقر لشيء من ذلك في أكثر صورته، وهو وضع الأسباب، والشروط، والموانع: كالتطبيق بالإعسار والتوريث بالأسباب، والضمان بالإتلاف، والزكاة بملك النصاب، وغير ذلك.

ومقتضى هذه القاعدة: اعتبار الإسلام والكفر من الصبيان؛ لأنهما سببان للعصمة، والإهدار، وكذلك الطلاق، والقتل، والبيع، والعقود، والتصرفات كلها؛ لأنها أسباب، غير أن ثم فروقاً وأسراراً نذكرها في أبواب الفقه في هذه الفروع، غير أن هذه القاعدة في هذه المسألة معنا، فننبه بهذه القاعدة على فروعها، والسعى في الفرق مما استثنى عنها، فإنها جليلة.

تنبيه: الطلاق، والعقود يبنى عليها فوات مصالح في الأعراض، والمعوضات، فاشتراط فيها رضاه المطابق للمصلحة غالباً، وذلك إنما يكون بعد البلوغ، وكمال العاقل المدرك لذلك فلم يعتبر قبل البلوغ، والكفر والإيمان حق الله - تعالى - فلم يكن رضاه المعتبر معتبراً فيها، إذ الحق لغيره، كالجنائيات بالإتلاف وغيره، فهذا سرها من حيث الإجمال، والتفصيل يذكر في مواضعه.

فروع: قال ابن القاسم: إن طلقت النصرانية، وغفلت عن ولدها منك حتى احتلم على النصرانية: ترك، وكذلك إن أسلم، وترك ولده الصغير حتى كبر، قاله مالك. وقال ابن القاسم، وأشهب: يجبر على الإسلام؛ لتعين إسلامه الحكمي بإسلام أبيه.

وقال ابن عبد الحكم: إلا أن يكون وقت الإسلام ابن اثنتي عشرة سنة لاستقلاله بالنظر حيثئذ.

وإن مات أبوه وقف ميراثه: إن ثبت بعد البلوغ نصرانيًا: لم يرثه، وإلا ورث، وإن أسلم قبل البلوغ: ورث - أيضًا - وإن [كان] ^(١) وقت الإسلام ابن ست: فهو مسلم [تبعًا] ^(٢) قال مالك: إن أسلم، والولد مراهق: وقف الميراث إلى البلوغ إن أسلم ورث، وإلا ترك ولم يرث.

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

قال ابن القاسم: ولا يقبل منه قبل البلوغ إن قال: لا أسلم، وإن احتلم وإن أسلم الآن: لم يعط الميراث للبلوغ.

والمرتد قبل البلوغ لا يصلى عليه، ولا تؤكل ذبيحته.

قال سحنون: من رأى عدم الصلاة عليه كانت ردة فرقة من امرأته وإلا فلا، الأول قول ابن القاسم فى الصبى والصبية. وإن أسلم، وعقل الإسلام وارتد قبل البلوغ، ومات: ورثه أهله لضعف إسلامه؛ لأن مالكا يكرهه بالضرب وإن بلغ، والمغيرة يقتله إن تمادى بعد البلوغ.

وأما المرتد من أولاد المسلمين فأجمع أصحابنا على قتله إذا بلغ وتمادى.

قال مالك: إن تزوجت نصرانية، فلما بلغ أولادها قالوا: لا نسلم: لا يجبرون على الإسلام، ولا يقتلون؛ لأن الخلاف فى تبعهم لأهم.

الخامسة: قال: قال مالك، وابن القاسم: من سب الله - سبحانه وتعالى - من اليهود والنصارى بغير الوجه الذى كفر به: انتقض عهده، بخلاف نسبة الصاحبة، والولد، والشريك مما هو دينهم الذى أقروا عليه بالجزية.

ومن تزندق منهم لا يقتل؛ لخروجه من كفر إلى كفر، قاله مالك.

وقال عبد الملك: يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه بالجزية، قال ابن حبيب: ولم أعلم من قاله، ولا أخذ به.

قال ابن القاسم: ومن سب الله - تعالى - أو النبى - عليه السلام - من المسلمين قتل، ولم يستتب^(١)، وكذلك من عابه - عليه السلام - أو نقصه؛ لأنه كالزندق لا تعرف توبته.

قال سحنون: وميراثه للمسلمين؛ [لأنه ردة]^(٢). وقبل توبته (ش) و (ح)، واتفقنا^(٣) على أن حده القتل، لقوله - تعالى - ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾ [النساء: ٦٥] فأخبر - تعالى -: أن الإيمان لا يجتمع مع الحرج، فالسب أولى

(١) فى أ: يتست.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى ط: واتفقا.

بالمنافة، ثم هذا القتل - عندنا - حد لا يسقط بالتوبة، كتوبة القاذف.
ونعرض^(١) الكلام في القذف، فنقول: هو معنى يراعى فيه الإحصان، فوجب أن يكون منه ما يعتبر في القتل، كالزنى، ولم يتصور القتل إلا في حقه عليه السلام؛ لأن الحرية لها مدخل في القذف؛ لأن قاذف العبد لا يحد، وحرمة - عليه السلام - لا تساوى حرمة أمته، فيكون حدها القتل.
احتجوا بأن حرمة الله أعظم، وتوبته تقبل، ولأنه لا يزيد على الردة، والتوبة تسقط حدها، وفي الصحيح: قال بعض اليهود له - عليه السلام - : السام عليك^(٢) ولم يقتله، ولم يقتل اليهودية التي سمت الشاة^(٣).
والجواب عن الأول: أنا نلتزم التسوية أو نفرق بأن البشر قابل للنقص، فكان التأثير فيه أعظم، وذلك أن الله - تعالى - أظهر المعجزة على يد مدعى الربوبية، كالدجال، ولم يظهرها على يد مدعى النبوة؛ لأن العقل يبطل الأول دون الثاني، ولأن حق الله - تعالى - يسقط بالتوبة كالكفر، وحقوق العباد لا تسقط بها، كالقذف، والمال، وهو الجواب عن الثاني.
فإنه حق الله - تعالى - وهو كالقذف، والردة مفسدتها خاصة بالمرتد ومفسدة هذا تتعدى^(٤) للأمة.

ويجوز إقرار الذمى بالجزية على سب المعبود، بخلاف الأنبياء.
وعن الثالث: أنه لم ينقل في الخبر أنهم أهل عهد، فلا يتم الدليل، أو كان في أول الإسلام، حيث كانت المودعة مشروعة وهو الجواب عن الرابع، مع أنه روى أنها قتلت وإن قلنا قتله كفر: لم تقبل التوبة من المسلم؛ لأنها لا تعرف.
تفريع:

قال أصبغ: ميراثه لورثته إن كان مستترًا^(٥)، أو مظهرًا: فللمسلمين.

-
- (١) في أ: ونفرض.
(٢) أخرجه البخارى (٤٤/١١) في كتاب الاستئذان: باب كيف الرد على أهل الذمة بالسلام (٦٢٥٦)، ومسلم (١٧٠٦/٤) في كتاب السلام: باب النهى عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام (١٦٥/١٠).
(٣) أخرجه البخارى (٥٥/٥) كتاب الهبة وفضلها: باب قبول الهدية من المشركين (٢٦١٧)، ومسلم (١٧٢١/٤) كتاب السلام باب السُّمُّ (٢١٩٠/٤٥) من حديث أنس بن مالك.
(٤) في أ: التعدى.
(٥) في أ: مستترًا.

قال ابن القاسم، ومالك: يقتل الساب الكافر إلا أن يسلم.
قال سحنون: لا يقال له: أسلم، ولكن إن أسلم فذلك توبته.
قال ابن القاسم: إن شتم الأنبياء أو أحدًا منهم، أو نقصه: قتل، ولم يستتب ﴿لَا تُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَدٍ مِّنْهُمْ﴾ [البقرة: ١٣٦].

قال مالك: إن قال الكافر: مسكين محمد، يخبركم أنكم في الجنة، فهو الآن في الجنة، فما له لم يغن عن نفسه حين كانت الكلاب تأكل ساقه.
قال: لو قتلوه استراحوا منه، وأرى أن تضرب عنقه، والفرق بين توبة المسلم لا تقبل بخلاف الكافر: أن قتل المسلم حد، وهو زنديق لا تعرف توبته، والكافر كان على كفره فيعتبر إسلامه، ولا يجعل سبه من جملة كفره؛ لأننا لا نعطيهم العهد على ذلك، ولا على قتلنا، وأخذ أموالنا، ولو قتل أحدنا قتلناه، وإن كان من دينه استحلاله.

قال سحنون: ولو بذل الحربى الجزية فى إظهار السب للأنبياء - عليهم السلام - : لم نقبله، وحل لنا دمه، كذلك ^(١) يحل دمه بالسب الطارئ، ويسقط القتل عنه فى السب بإسلامه، ولا يسقط القتل [بإسلامنا] ^(٢) بقتلنا؛ لأن حق آدمى لا يسقط بالتوبة.

قال مالك: إن قال: رداء النبى - عليه السلام - وسخ، يريد عيه: قتل، وإن غير بالفقر، فقال: يعيرون بالفقر، وقد رعى رسول ﷺ الغنم: يؤدب؛ لأنه عرض بذكره - عليه السلام - فى غير موضعه، ولا ينبغى إذا عوقب أهل الذنوب أن يقول: قد أخطأت الأنبياء قبلنا.

وقال عمر بن عبد العزيز: انظروا لنا كاتبًا يكون أبوه عربيًا، فقال كاتبه: قد كان أبو النبى ﷺ كافرًا، فقال له جعلته - عليه السلام - مثلاً؟ لا تكتب لى أبدًا.

قال سحنون: إن خاصمته، فأغضبته فقال ﷺ النبى محمد، فقال الطالب: لا صلى الله على من صلى عليه [، هل هو كمن شتم النبى ﷺ، أو الملائكة الذين يصلون عليه] ^(٣) قال: لا إذا كان على وجه الغضب [والضيق؛ لأنه لم يكن مصرًا

(١) فى أ: فلذلك.

(٢) سقط فى ط.

(٣) سقط فى أ.

على السب، بل تكلم على وجه الغضب^(١).
قال أصبغ: لا يقتل؛ لأنه إنما شتم الناس^(٢).
وقال الحارث: يقتل، وسب الملائكة كسب الأنبياء، وعن ابن القاسم في
الكتابي أو المجوسى يقول: إن محمدًا لم يرسل إلينا، بل إنما أرسل إليكم، وإنما
نبينا موسى، أو عيسى، أو لم يرسل، أو لم ينزل عليه قرآن، وإنما هو شيء يقوله
ونحو هذا يقتل.

قال مالك: إن ناديته، فأجابك: لييك اللهم لييك، جاهلاً: لا شيء عليه.
قال سحنون: يكره قولك عند التعجب: صلى الله على النبي محمد، ولا يصلى
على النبي - عليه السلام - إلا على وجه التقرب.

قال ابن القاسم: إن قال: ديننا خير من دينكم، وإنما دينكم دين الحمير، أو
سمع المؤذن يقول: أشهد أن محمدًا رسول الله، فقال: كذلك يعظكم الله - فيه
الأدب الوجيع، والسجن الطويل. وإن سب، فقتلته غيظًا، وثبت أن قوله يوجب
القتل: فلا شيء عليك، وإلا فعليك ديتة، وضرب مائة، وحبس سنة.
وإن سب أحد معاوية، أو غيره: فإن نسبه للضلال، والكفر: قتل، أو غير ذلك
من مسافهة الناس: نكل نكالًا شديدًا، وإن قال: إن جبريل - عليه السلام - أخطأ
فى الوحى: استتيب، فإن تاب، وإلا قتل، وقيل: من كفر صحابيًّا أوجع ضربًا.
وعن سحنون: إن كفر أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعليًّا: قتل، وينكل فى
غيرهم.

قال القاضى فى الشفا: من سبه - عليه السلام - أو عابه، أو ألحق به نقصًا فى
نفسه، أو نسبه، أو دينه، أو خصلة من خصاله، أو عرض به، أو شبهه بشيء على
وجه السب أو الازدراء، أو التصغير لشأنه، أو الغض منه - يقتل كالسَّابِّ.
ويستوى التصريح والتلويح، وكذلك من دعا عليه، أو تمنى مضرة له، وكذلك
إن نسب له سخفًا، أو هجرًا من القول، أو غيره بشيء مما جرى من البلاء، وبشء
من العوارض البشرية المعهودة لديه، وهذا كله مجمع عليه من الصحابة وغيرهم.

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: يشتم الناس.

وعن ابن كنانة: يخير الإمام في السَّابِّ المسلم: في صلبه حيًّا، أو قتله، ويقتل من قال: هو يتييم أبي طالب، أو كان أسود، وإن قيل لرجل: لا، وحق رسول الله فقال: فعل الله برسول الله كذا وكذا وذكر كلامًا قبيحًا، فقيل له: ما تقول يا عدو الله؟ فقال أشد من الأول، وقال: أردت برسول الله: العقرب، فقال ابن أبي سليمان - صاحب سحنون -: يقتل، ولا يقبل التأويل؛ لصراحة اللفظ.

وأفتى ابن عتاب في عقاب^(١) عشار قال لرجل: أد واشك للنبي - صلى الله عليه وسلم - وقال: إن جهلت فقد جهل بالقتل، وأفتى فقهاء الأندلس بقتل ابن حاتم المتفقه وصلبه لتسميته^(٢) - عليه السلام - في أثناء المناظرة باليتيم، وختن حيدرة، وزعم أنه لم يكن قصداً.

قال ابن المرباط: من قال: إنه - عليه السلام - هرم: يستتاب، فإن تاب، وإلا قتل؛ لأنه نقص لا يجوز عليه في خاصته؛ لأنه على بصيرة من أمره، ويقتل من نقصه بسهو، أو سحر، أو هزيمة بعض جيوشه، أو شدة من زمانه، أو ميل لبعض نسائه، ومن لم يقصد الأزدراء، ولا يعتقده في تكلمه بالسب، أو اللعن، أو التكذيب، أو إضافة ما لا يجوز عليه، أو نفى ما يجب له هو مما هو نقص في حقه، وظهر عدم تعمد السب إما لجهالة، أو لضجر، أو سُكْر، أو قلة ضبط لسان، أو تهور في كلامه: فإنه يقتل.

ولا يعذر أحد في الكفر بالجهالة ولا غيرها، وهو سليم العقل إلا للإكراه، وبه أفتى الأندلسيون في علي ابن حاتم، في نفيه الزهد عنه - عليه السلام - وقاله ابن أبي زيد، وابن سحنون، وأبو الحسن القابسي ونظر إلى أن السكران إنما ينطق بما يعتقده صاحياً، ولأنه حد لا يسقطه السكر، كالقذف، والقتل، وجميع الحدود وأما القاصد لذلك المصرح فأشبهه بالمرتد، ويقوى الخلاف في استتابته أو مستترا فهو كالزنديق لا تسقط قتله التوبة، ومن تنبأ، وزعم أنه يوحى إليه: قال ابن القاسم: هو مرتد، لكفره بقوله - تعالى -: ﴿وَخَافَ رَبَّهُ الْأَلْبَنِينَ﴾ [الأحزاب: ٤٠].

قال أشهب: فإن كان ذمياً: استتيب، إن أعلن ذلك، فإن تاب وإلا قتل.

(١) في أ: عتاب.

(٢) في ط: وتسميته.

وقال ابن سحنون: من شك في حرف مما جاء به محمد ﷺ عن الله فهو كافر. قال أحمد بن أبي سليمان لمن قال: إنه - عليه السلام - مات قبل أن يلتحي، وأنه كان بتاهرت: قتل؛ لأن ذلك نفى له، وتبديل صفته وموضعه كفر، واللفظ المجمل الذي يمكن حمله على النبي - عليه السلام - وعلى غيره ويتردد في حال المطلق: هل أراد مكرها أم لا؟ فقليل: يقتل؛ رعاية لحماه - عليه السلام - وقيل: لا يقتل؛ حماية للدم.

وقال سحنون فيمن أغضبه غريمه، فقال له ﷺ فقال: لا صلى الله على من صلى عليه: ليس كالسَّابِّ؛ لأجل الغضب، ولم يتضمن كلامه الشتم لأنه إنما شتم الناس دون الملائكة، بل مخاطبه فقط، وقال ابن الحارث بن مسكين وغيره يقتل. وتوقف القابسي في القائل: كل صاحب فندق قرنان، ولو كان نبياً وشده بالقيود حتى يستفهم البيئة عما يدل على مقصده: هل أراد أصحاب الفنادق الآن، فليس فيهم نبي، فيكون أمره أخف، لكن ظاهر لفظه العموم.

وفى متقدمي الأنبياء - عليهم السلام - من اكتسب المال، فوقع التردد. وقال ابن زيد في القائل: لعن الله العرب، ولعن بني إسرائيل، ولعن الله بني آدم، وقال: إنما أردت الظالمين منهم - يودب باجتهاد السلطان، قال: وكذلك: لعن الله من حرم المسكر، وقال: لم أعلم من حرمه [لا، ومن قال: لا يبيع حاضر لباد: إن عذر بجهله أدب الأدب الوجيع، كأنه أراد من حرمه^(١) من الناس، وكذلك: يابن ألف خنزير، مع أنه يدخل في هذا العدد جماعة من آبائه أساء، فيزجر عنه وإن علم قصده الأنبياء: قتل.

وقد يضيق القول، لو قال لهاشمي: لعن الله بني هاشم ولعن قال له: أتتهمني، فقال: الأنبياء يتهمون، فكيف أنت؟ قال أبو إسحاق: يقتل؛ لبشاعة ظاهر اللفظ، وتوقف ابن منظور؛ لاحتمال أن يكون خبراً عمن اتهمهم من الكفار، فأطال القاضي تصفيده واستحلفه بعد ذلك على تكذيب ما شهد به عليه، وأطلقه.

فإن لم يذكر نقصاً ولا عيباً، بل ذكر بعض أحواله - عليه السلام - حجة ومثلاً لنفسه، وغيره لبعض حاله على طريق التأسى، بل لرفع نفسه، قصد الهزل، كقوله:

(١) سقط في أ.

إن قيل فني المكروه، فقد قيل في النبي - عليه السلام - فإن أذنبت، فقد أذنب، وكيف أسلم من الألسنة، ولم يسلم الأنبياء وقد صبرت كما صبر النبي، وصبر النبي أكثر مني، وكقول المتنبي:

أنا في أمة تداركها الله غريب كصالح في ثمود^(١)
وقول المعري:

كنت موسى وافته بنت شعيب غير أن ليس فيكما من فقير
وآخر البيت . . . وداخل في الإزراء والتحقير، وكذلك قوله:
هو مثله في الفضل إلا أنه لم يأت به برسالة جبريل
هو تشبيه بالنبي - عليه السلام - أو تفضيل عليه باستغنائه عن الرسالة، وهو
أشد، وقول الآخر:

فر من الخلد واستجار بنار فصبر الله فؤاد رضوان
وقول الآخر:

وكان أبًا بكر أبو بكر الرضا وحسان حسان وأنت محمد
فهذه ونحوها، إن درى بها القتل: ففيها الأدب والسجن بحسب شناعة المقالة،
وحال القاتل في نفسه في كونه معروفًا بذلك أو لا.

ولم يزل المتقدمون ينكرون مثل هذا، فأنكر الرشيد على أبي نواس:
فإن يك باقى سحر فرعون فيكم فإن عصا موسى بكف خضيب
وقال له: يابن اللخناء أنت المستهزئ بعصا موسى؟! وأخرجه من عسكره،
وأنكروا عليه - أيضًا - قوله:

كيف لا يدنيك من أملي من رسول الله من نفره
لأن حقه - عليه السلام - أن يضاف إليه، ولا يضاف.

وقال مالك: إذا عير بالفقر، فقال: رعى النبي ﷺ يؤدب.
ومنع سحنون أن يصلى على النبي ﷺ عند التعجب، بل على وجه التقرب.
وقال القابسي: إذا قال في قبيح الوجه: كأنه وجه نكير، أو عبوس: كأنه وجه
مالك يؤدب؛ لأنه قصد بالذم المخاطب، وإن أراد به كمالك يغضب لغضب الله

(١) البيت في ديوانه (٤٨/٢)، والتاج (نبا).

فهو أخف أدباً، وكل ما طريقه الأدب: إذا ندم قائله لم يؤدب. وأما إن وقعت هذه الألفاظ حكاية عن الغير: فإن كانت للشهادة، أو النفى عن قائلها؛ لأنه ممن يخشى اتباعه: فحسن، وإلا فلا يحكى، فإن التفكه بالأعراض محرم ومن كان مولعاً بذلك، ورواية هجوه - عليه السلام -: فيقتل، ولا ينفعه نسبته إلى غيره، وحكى الإجماع فى تحريم هجوه - عليه السلام - وكتابه، وقد أسقط المحرزون لدينهم من أحاديث المغازى والسير ذلك، وقد كره تعليم النساء سورة يوسف؛ لضعف معرفتهن، ولا يروى من الأحاديث المحتاجة إلى التأويل إلا الصحيح، بل كره مالك وغيره رواية ما ليس فيه عمل.

ومشهور المذهب: قتل السَّابِّ حداً لا كفراً، لا تسقطه التوبة، ولا تقبل توبة الزنديق على المشهور، خلافاً للشافعى، ووافقنا ابن حنبل، وعند (ح) خلاف. والسَّابُّ^(١) المعتقد حله كافر اتفاقاً، وكذلك إن كان السب كفراً، كالتكذيب، ويقتل - وإن تاب - حداً، فإن لم تتم الشهادة على الساب، بل شهد الواحد، أو لفيف الناس، أو ثبت قوله، إلا أنه يحتمل، أو تاب، على القول بقبول توبته: فيعذر بقدر حاله، وقوة الشهادة: من التضييق فى السجن، وشدة القيود إلى غاية انتهاء طاقته بحيث لا يمنعه القيام لضرورته، وصلاته، فإن أثبت عداوة البيعة، وهى غير مبرزة، وهو غير متهم: فلا يعرض له وإلا اجتهد فى تنكيله.

ومن سب النبى بغير ما به كفر: قتل، ووقع لأصحابنا كلام، وظواهر ظاهرها: أن يجرى الخلاف فيما به كفر أنه يقتل.

ومذهب ابن القاسم: لا يقتل، وإن أسلم قبل: سقط القتل؛ لأن الإسلام يجب ما قبله، وقيل: لا؛ لأن حق آدمى لا يسقط بالتأويل بالتوبة، واختلف فى القاتل: لقيت فى مرضى ما لو قتلت أبا بكر لم أستوجه قيل: يقتل؛ لأنه نسب الله - تعالى - إلى الجور، وقيل: يبالغ فى تنكيله؛ لأن مقصوده الشكوى، لا السب.

وأكثر قول مالك، وأصحابه، والأشعرى: عدم تكفير أهل الأهواء، وإنما قال مالك: إن تابوا، وإلا قتلوا؛ لأنه من الفساد فى الأرض وجمهور السلف على تكفيرهم؛ نظرًا إلى أنهم إنما قصدوا التعظيم مع^(٢) الاعتراف بالرسالة، والتنقيص

(١) فى أ: والسب.

(٢) فى ط: من.

لازم بمذهبهم، ولا خلاف في تكفير من نفى الربوبية، أو الوجدانية، أو عبد مع الله غيره، أو هو دهرى، أو مانوى، أو صابئ، أو حلولى، أو تناسخى، أو من الروافض، أو اعتقد أن الله غير حى، أو قديم، أو مصور، أو صنع العالم غيره، أو هو متولد من شيء، أو ادعى مجالسة الله - تعالى - أو العروج إليه ومكالمته، أو قال بقدوم العالم أو بقاءه، أو شك في ذلك، أو قال بنبوة على، أو جوز على الأنبياء الكذب وأنهم خاطبوا الخلق بالوعد والوعيد للمصلحة، أو قال: في كل جنس من الحيوان نذير، فإن فيه تجويز اتصافه بوصف الكلية ونحوها؛ محتجاً بقوله - تعالى - : ﴿وَإِنْ مِنْ أُمَّةٍ إِلَّا خَلَا فِيهَا نَذِيرٌ﴾ [فاطر: ٢٤]، أو قال بتخصيص الرسالة للعرب، أو جوز اكتساب النبوة، أو أنه يوحى إليه، أو يصعد السماء، أو يدخل الجنة، أو يأكل من ثمارها، أو قال بإبطال الرجم وغيره من ضروريات الدين.

أو كفر جميع الصحابة؛ لأنه يؤدى إلى بطلان الدين، أو يسعى للكنائس بزي النصارى، أو قال بأن الصلاة طرفى النهار، أو قال بسقوط العبادة عن بعض الأولياء، أو أنكر مكة، أو البيت، أو المسجد الحرام، أو قال: الاستقبال حق، ولكن لغير هذه البقعة، أو شك في ذلك، وهو ممن يظن به علم ذلك أو يخالط المسلمين، بخلاف حديث الإسلام، أو جحد صفة الحج، أو الصلوات، أو جحد حرفاً من القرآن، أو زاده، أو غيره، أو قال: ليس بمعجزة.

أو قال: الثواب والعقاب معهودان، وكذلك القائل: الأئمة أفضل من الأنبياء. وأما من أنكر ما لا يتعلق بالدين، كغزوة تبوك، أو وجود أبى بكر، وعمر: لا يكفر، إلا أن ينكر ذلك؛ لتوهين نقل المسلمين أجمع: فيكفر وأما إنكاره الإجماع المجرد الذى ليس طريقه التواتر عند التنازع: فأكثر المسلمين من الفقهاء والنظار على تكفيره لمخالفة الإجماع الجامع للشرائط.

قاعدة: الكفر هو انتهاك خاص لحرمة الربوبية إما بالجهل بوجوده، أو صفاته، أو بفعل: كرمى المصحف فى القاذورات، والسجود للصنم، أو التردد للكنائس بزي النصارى فى أعيادهم، أو جحد ما علم من الدين بالضرورة، فقولنا: خاص، احتراز من المعاصى، فإنها انتهاك، وليست كفرًا وألحق الشيخ أبو الحسن الأشعرى بذلك إرادة الكفر: كبناء الكنائس ليكفر فيها، أو قتل نبي مع اعتقاد صحة رسالته ليميت

شريعته، ومنه: تأخير إسلام من أتى^(١) يسلم، ولا يندرج في ذلك الدعاء بسوء الخاتمة للعدو، وإن كان إرادة الكفر؛ لأنه ليس مقصودًا فيه حرمة الله بدلالة المدعو عليه.

واستشكل بعض العلماء الفرق بين السجود للشجرة، أو للوالد في أن الأولى كفر دون الثاني مع أن كليهما قصد به التقرب إلى الله - تعالى - لقولهم ﴿مَا نَعْبُدُهُمْ إِلَّا لِيُقَرِّبُونَا إِلَى اللَّهِ زُلْفَى﴾ [الزمر: ٣] مع أن القاعدة: أن الفرق بين الكفر بالكبيرة والصغيرة إنما هو بعظم المفسدة وصغرها لاشتراك الجميع في النهي، وما بين هاتين الصورتين من المفسدة التي يعلمها ما يقتضى الكفر قال صاحب الشفا: وللإجماع على تكفير من جحد أن الله - تعالى - عالم، أو متكلم، أو غير ذلك من صفاته الذاتية، فإن جهل الصفة ولم ينكرها كفره الطبرى وغيره، وقيل: لا يكفر، وإليه رجع الأشعرى؛ لأنه لم يصمم على اعتقاد ذلك، ويعضده حديث القائل: لئن قدر الله على^(٢) وحديث السوداء^(٣) فأكثر الناس لو كوشفوا^(٤) عن الصفات لم يعلمها. فرع: في الشفا: إذا تزندق الذمى لا يقتل عند مالك؛ لأنه خرج من كفر إلى كفر. وقال عبد الملك: يقتل؛ لأنه لا يقر بالجزية عليه.

فرع: قال: السكران والمجنون، ما علم أنهما قالاه في حال لا يميزان فيه: فلا عبرة به، وما قالاه في حال الميز وإن فقد العقل الموجب للتكليف: أدبا، ويوالى أدبهما على ذلك، كما يؤدبان على قبائح أفعالهما استصلاحًا لهما كالبهائم تراض. قال القابسى: إن قال السكران: أنا الله^(٥) إن تاب: أدب، وإن عاد لقوله: طولب مطالبة الزنديق، فإنه كفر المتلاعبين.

فرع: قال: إن أتى بسخيف القول غير قاصد للكفر، والاستخفاف، كالقائل لما نزل عليه المطر: بدأ الخراز يرش جلوده، أفتى جماعة بالأدب فقط؛ لأنه عبث،

(١) في أ: أبى.

(٢) أخرجه البخارى (٣٤٨١) و (٧٥٠٦)، ومسلم (٢٧٥٦/٢٤) من حديث أبى هريرة.

(٣) تقدم.

(٤) في أ: كشف.

(٥) في أ: أن الله تاب.

وأفتى جماعة بقتله ؛ لأنه سب، هذا إن كان يتكرر منه، أما الفلته الواحدة: فالأدب.
وأفتى ابن القاسم فى القاتل لرجل، لما ناداه: لبيك اللهم لبيك: إن كان جاهلاً،
وقاله سفهاً^(١): فلا شيء عليه، وقول بعض الجاهلية:
رب العباد ما لنا وما لك
قد كنت تسقينا فما بدا لك
أنزل علينا الغيث لا أبا لك^(٢)

ونحو ذلك ممن لا تهذبه الشريعة والعلم، فيعلم ويزجر.
فرع: قال: وكل نبي أو ملك حكمه فى ذلك كما تقدم إن أجمعت الأمة على أنه نبي
أو ملك وإلا لم ينته الأمر إلى القتل بل الأدب بقدر حال المقول فيه، كهاروت وماروت
من الملائكة والخضر، ولقمان، وذو القرنين، ومريم وآسية، وخالد بن سنان المقول
أنه نبي أهل الداسر، وزرادشت الذى تدعى المجوس والمؤرخون نبوته، وأما إنكار
نبوته، وكونه من الملائكة: فإن كان المنكر عالماً لم يتعرض له؛ لأنها مسألة خلاف، أو
جاهلاً: زجر عن الخوض فيه، فإن عاد: أدب إذ ليس لهم الكلام فى مثل هذا.
قال القاضى: وأجمع المسلمون: أن الملائكة مؤمنون فضلاً وأن المرسل منهم
معصوم، واختلف فى عصمة غير المرسل، والصواب: عصمة الجميع، وإن لم يرو
فى هاروت وماروت عن رسول الله ﷺ شيء، إنما هو اختلاف المفسرين.
قال الطرطوشى: فى الآية دليل على أن من الملائكة من يعصى، ويستحق
العقاب، ولا يعارض قوله - تعالى - : ﴿لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ﴾ [التحریم: ٦]
يحمل على جمهورهم والمعصومين منهم، وكلامه يخالف كلام القاضى.
فرع: قال ابن سحنون: يقتل القاتل: المعوذتان ليستا من كتاب الله، إلا أن
يتوب، وإن قال: لعن الله التوراة بعد التأويل فى صرفها للباطلة.
فرع: قال مالك: من انتسب إلى بيت النبى ﷺ يضرب ضرباً وجيعاً، ويشهر،
ويحبس طويلاً حتى تظهر توبته؛ لأنه استخف بحق الرسول عليه السلام.
السادسة: فى النوادر: قال ابن القاسم: يقتل المتنبي أسر^(٣) ذلك أو أعلنه.

(١) فى أ: سفه.

(٢) الرجز بلا نسبة فى اللسان (أبى).

(٣) فى أ: أثر.

السابعة: قال الطرطوشي: للسحر حقيقة، وقد يموت المسحور، أو يتغير طبعه، وعادته وإن لم يباشره.

وقاله (ش)، وابن حنبل.

وقال أصحاب (ح): إن وصل إلى بدنه كالدخان، ونحوه: جاز أن يؤثر، وإلا فلا، وقال القدري: لا حقيقة له.

لنا: الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله - تعالى - : ﴿يُعْلَمُونَ النَّاسَ أَلَسْتَ بِرَبِّهِمْ﴾ [البقرة: ١٠٢] وما لا حقيقة له لا يعلم، و [لا] ^(١) يلزم صدور الكفر من الملائكة؛ لأنه قرئ الملكين - بكسر اللام - أو [هما] ^(٢) ملكان، وأذن لهما في تعليم الناس؛ ليفرق بين السحر والمعجزة؛ لأن ^(٣) مصلحة الخلق كانت تقتضي ذلك في ذلك الوقت، ثم صعدا إلى السماء، وقولهما: فلا تكفر، أى: لا تستعمله على وجه الكفر، كما يقال: خذ المال، ولا تفسق به، أو يكون معنى قوله - تعالى - : ﴿يُعْلَمُونَ النَّاسَ﴾ أى: يقع التعليم، لا عن التسليم، وقولهما: ﴿إِنَّمَا نَحْنُ فَتَنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: ١٠٢] يدل على أن تعلم السحر كفر.

وفى الصحيحين: أنه - عليه الصلاة والسلام - سُحر، فكان - عليه السلام - يخيل له أنه يأتى النساء وما يأتين... ^(٤) الحديث، وقد سحرت عائشة - رضى الله عنها - جارية اشترتها ^(٥)، وخبر السحر ووقوعه كان معلوماً للصحابه - رضوان الله عليهم - فهم مجمعون عليه، ولأن الله - تعالى - قادر على خلق ما يشاء عقيب كلام مخصوص أو أدعية ^(٦) مخصوصة.

احتجوا بقوله - تعالى - : ﴿يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْقَى﴾ [طه: ٦٦] ولأنه لو كان

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى ط.

(٣) زاد فى أ: من.

(٤) أخرجه البخارى (٤١٤/٦) حديث (٣١٧٥) ومسلم (٤٢٩/٧) (نوى) حديث (٤٣-٤٤/٢١٨٩)، والنسائى فى الكبرى (٣٨٠/٤)، والحميدى (١٢٥/١). حديث (٢٥٩)، وابن حبان (٥٤٥/١٤) (٥٤٨) من حديث عائشة.

(٥) أخرجه الشافعى فى المسند (٦٧/٢) (٢٢١)، والحاكم (٢١٩/٤)، والبيهقى (٣١٣/٨).

(٦) فى أ: أو أدبه.

حقيقة لأمكن الساحر أن يدعى به النبوة، فإنه يأتي بالخوارق على اختلاف أنواعها. والجواب عن الأول: أنه حجة لنا؛ لأنه - تعالى - أثبت السحر، وإنما لم ينهض بالخيال إلى السعى، ونحن لا ندعى أن كل سحر ينهض إلى كل المفاصد. وعن الثاني: أن إضلال الله - تعالى - للمخلوق ممكن، لكن الله - تعالى - أجرى عادته بضبط مصالحهم، فما يسر ذلك على السحرة، فكم من ممكن منعه الله - تعالى - من الدخول في العالم لأنواع من الحكم، إذا ثبت هذا. قال: مالك وأصحابه: الساحر كافر، فيقتل ولا يستتاب سحر مسلمًا أو ذميًا كالزنديق.

قال محمد: إن كان أظهره: قبلت توبته. قال أصبغ: إن أظهره ولم يتب، فقتل فماله لبيت المال، وإن استسر^(١): فلورثته من المسلمين، ولا أمرهم بالصلاة عليه، فإن فعلوا فهم أعلم، ومن قول علمائنا القدماء: لا يقتل حتى يثبت أنه من السحر الذي وصفه الله بأنه كفر. قال أصبغ: يكشف عن ذلك من يعرف حقيقته، ولا يلي قتله إلا السلطان، فإن سحر المكاتب أو العبد سيده لم يل سيده قتله؛ بل الإمام. ولا يقتل الذمي إلا أن يضر المسلم سحره، فيكون نقضًا للعهد، فيقتل، ولا يقبل منه الإسلام وإن سحر أهل ملته، فيؤدب إلا أن يقتل أحدًا، فيقتل به. وقال سحنون: يقتل إلا أن يسلم كالسائب، وهو خلاف قول مالك، وإن ذهب لمن يعمل له سحرًا ولم يياشر: أدب تهديدًا؛ لأنه أمر لم يكفر، وإنما ركن للكفر، وأما^(٢) حقيقة السحر: ففي الموازية: إن قطع أذنًا، ثم لصقها، أو أدخل السكاكين في جوف نفسه: إن كان سحرًا: قتل، وإلا فلا. واختلف الأصوليون، فقال بعضهم: لا يكون إلا رقى^(٣) أجرى الله عادته أن يخلق عنده افتراق المتحايين.

قال الأستاذ أبو إسحاق: بل يقع به التغيير، والضنى، وربما أتلّف، وأبغض، وأحب، وأوجب الصلة، وفيه أدوية مثل المرائي والأكباد والأدمغة فهذا الذي يجوز

(١) في أ: استيسر.

(٢) في أ: وإنما.

(٣) في أ: بقاء.

عادة، وأما طلوع الزرع فى الحال، ونقل الأمتعة، والقتل على الفور، والعمى، والصمم، ونحوه، وتعلم الغيب^(١) ممتنع، وإلا لم يأمن أحد على ماله، ونفسه عند العداوة.

وقد وقع القتل والقتال بين السحرة، ولم يبلغ أحد ما بلغ فيه القبط، وقطع فرعون أيديهم، وأرجلهم، ولم يتمكنوا من الدفع عن أنفسهم، والهروب والتبديل. وحكى ابن المجوسى: أن أكثر علمائنا جوزوا أن يستدق جسم الساحر حتى يلج فى الكوة، ويجرى على خيط مستدق، ويطير فى الهواء، ويقتل غيره.

قال القاضى: ولا يقع فيه إلا ما هو مقدور للبشر، وأجمعت الأمة على أن السحر لا يصل إلى إحياء الموتى، ولا إبراء الأكهم، والأبرص، وفلق البحر، وإنطاق البهائم، ولولا الإجماع لجاز هذا عقلاً.

إذا ثبت هذا: فتعلمه وتعليمه كفر عند مالك.

وقال الحنفية: إن اعتقد أن الشياطين تفعل له ما يشاء: فهو كافر، وإن اعتقد أنه تخييل وتمويه: لم يكفر.

وقال الشافعية: يصفه: فإن وجدنا فيه ما هو كفر، كالتقرب للكواكب، أو يعتقد أنها تفعل ما يلتمس منها هو كفر، وإن لم نجد فيه كفرًا: فإن اعتقد إباحته فهو كفر.

قال الطرطوشى: وهذا متفق عليه؛ لأن القرآن نطق بتحريمه.

قال الشافعية: إن قال: سحرى يقتل غالبًا وقتلت به - وإن كان الغالب منه السلامة - فعليه الدية مغلظة فى ماله؛ لأن العاقلة لا تحمل الإقرار.

وقال (ح): إن قال: قتلته بسحرى: لم يجب عليه القود؛ لأنه قتل بمثقل، وإن تكرر ذلك منه: قتل؛ لأنه سعى فى الفساد فى الأرض.

لنا مفهوم قوله - تعالى -: ﴿وَمَا يُكَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا هُنَّ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ﴾ [البقرة: ١٠٢] أى: بتعليمه ﴿وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ﴾ [البقرة: ١٠٢] ولأنه لا يتأتى إلا ممن يعتقد أنه بقدرته على تغيير الأجسام، والجزم بذلك كفر، أو نقول: هو علامة الكفر بإخبار الشرع، فلو

(١) فى أ: الغير.

قال الشارع: من دخل موضع كذا فهو كافر، اعتقدنا كفر الداخل، وإن لم يكن الدخول كفرًا وإن أخبرنا هو أنه مؤمن لم نصدقه.

قال: فهذا معنى قول أصحابنا: إن السحر كفر، أى: دليل الكفر، لا كفر فى نفسه: كأكل الخنزير، وشرب الخمر، والتردد إلى الكنائس فى أعياد النصارى، فتحكم بكفر فاعله، وإن لم تكن هذه الأمور كفرًا لا سيما وتعلمه لا يتأتى إلا بمباشرة، كمن أراد أن يتعلم الزمر أو ضرب العود، والسحر لا يتم إلا بالكفر، كقيامه إذا أراد سحر سلطان ببرج الأسد، مائلاً خاضعاً متقرباً له، ويناديه: يا سيدى يا عظيم أنت الذى إليك تدبير الملك، والجبابرة، والأسود، أسألك أن تدلل لى قلب فلان الجبار.

احتجوا بأن تعلم صريح الكفر ليس بكفر، فالسحر أولى، ولو قال الإنسان: أنا تعلمت كيف يكفر بالله لأتجنبه، أو كيف يزنى ويعصى ولا أفعله: لم يأنم. والجواب: لا نكفره به، بل بأن صاحب الشرع أخبر أنه لا يتعلمه، ولأنه لا يتأتى علمه إلا بمباشرة، كضرب العود، ونحوه، وعنه - عليه السلام - «حَدُّ السَّاحِرِ ضَرْبَةٌ بِالسَّيْفِ»^(١).

وقال عمر - رضى الله عنه -: يقتل كل ساحر وساحرة، وقاله جماعة من الصحابة.

تنبيه: هذه المسألة فى غاية الإشكال؛ فإن السحرة يعتمدون أشياء تأبى قواعد الشريعة تكفيرهم بها، منها: أنهم يرمون الكلب بالحجر فيعضه الكلب، فيجعل الحجر فى زير الشرب بعد أن يكتب عليه آية من القرآن على ما أنزلت، فيحدث أثراً مخصوصاً، ومن هذا النحو كثير مما يعتمد المغانبة، وكثير من الناس فى المحبة، والبغض، والرحيل، والعقد عن الوطء وغير ذلك، آيات من كتابه - تعالى - مضافة إلى تصميم الفاعل على تأثير ذلك، وخاصية نفسه، فتحصل تلك الآثار، ويسمونه علم المخلاة.

فلا يمكن تكفيرهم بالقرآن ولا باعتقادهم أن الله يفعل عندها ذلك، فإنهم

(١) أخرجه الترمذى (١٤٦٠)، والحاكم (٣٦٠/٤)، والطبرانى فى الكبير (١٧٢/١٢)، والدارقطنى (١١٤/٣)، وابن عدى فى الكامل (٢٨٢/١) من حديث جندب الخير الأزدى.

جربوه، فوجدوه كالعقاقير ولا لخواص نفوسهم؛ لأنها ليست من كسبهم، وأما اعتقادهم أن الكواكب تفعل بغير قدرة الله - تعالى - فهي قريب من الكفر، مع أن بعض العلماء قد أورد عليه اعتقاد المعتزلة أن الحيوانات كلها تفعل بغير قدرة الله - تعالى -، مع أن الصحيح عدم تكفيرهم بخلق الأفعال، ومنهم من فرق بأن الكواكب في جهة العلو وتبعد كثيرًا، فيكون ذلك تقريبًا من دعوى إلهية لها، بخلاف الحيوانات، وورد عليه: أن البقر عبد كثيرًا، وبالجمل، والتكفير به ليس مشكلًا، بل نكفر المعتزلة بذلك، وأما قول الأصحاب: إنه علم على الكفر، فمشكل لأننا نعلم أن حال الإنسان في إيمانه قبل السحر، كحاله بعده، والشرع لا يخبر على خلاف الواقع.

فإن أرادوا الخاتمة: فمشكل - أيضًا - لأننا لا نكفر في الحال بكفر متوقع في المآل كما أنا لا نجعله مؤمنًا في الحال، وهو يعبد الأصنام؛ لأجل إيمان يتوقع، بل لكل حال حكم شرعي؛ لأنها أسباب شرعية، ولا يترتب الحكم الشرعي قبل سببه، وإن قطع بوقوعه كما أنا نقطع بغروب الشمس ولا نرتب أحكامه قبله من الفطر، وصلاة المغرب، وغير ذلك، وإنما قضينا بكفر المتردد للكنائس، ونحوه في القضاء دون الفتيا، وبينه وبين الله - تعالى - قد يكون مسلمًا، فافترق البابان، فالذي يستقيم في هذه المسألة: ما حكاه الطرطوشي عن قدماء أصحابنا: أنا لا نكفره حتى يثبت أنه من السحر الذي كفر الله - تعالى - به، أو يكون سحرًا [مشتملًا على كفر]^(١) كما قاله (ش)، وما عدا ذلك فمشكل، فتأمل، فليس إراقة الدماء بسهل، ولا القضاء بالتكفير، وكثير من أصحابنا يتحسرون^(٢) عليها.

ولقد وجدت عند بعض الطلبة في بعض المدارس كراسًا فيه المحبة والبغضة، ونحوهما مما تقدم وأنه يتعاناها، فأفتى أصحابنا بتكفيره، وهذا من غير تفصيل أمر عظيم في الدين، بل تحريم هذا الباب مطلقًا مشكل، إلا بعد تفصيل طال، وإلا فمن سعى في محبة بين زوجين بآية من كتاب الله، أو بغضة بين زانين بقرآن يتلى ينبغي أن يجاب، أو يندب إليه فضلًا عن التحريم.

النظر الثاني: في الأحكام في نفسه، وولده، وماله، وجناته، والجناية عليه،

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: يحسدون.

فهذه خمسة أحكام.

الأول: نفسه: ففى الجواهر: يهدر دمه إن لم يتب، فإن تاب: عصمها، وتوبته رجوعه وتغير حاله برجوع المتظاهر عن التظاهر، بل يظهر ضده من الإيمان، وأما الزنديق، وهو الذى يظهر الإيمان ويسر الكفر، أو ظهرنا عليه فى حال زندقته فأذعن فلا يرجع بمجرد دعواه، حتى يظهر صدقه؛ لأنه بدعواه لم يخرج عن عادته من التقية، ولذلك نقول: لا تقبل توبته؛ لأنها لا تعرف، ولا نقول: لا تقبل، فلو جاء تائباً قبل الظهور عليه، ولم نعلم كفره إلا من قوله: قبلناه، وعدم قبولها شاذ فى المذهب، وكذلك الساحر.

قال الطرطوشى: قال ابن القاسم: سواء فى الزنديق ولد على ذلك أم لا، وسواء الرجل، والمرأة، والعبد.

و(ش) ومن يرتد ومن فى الذمة لا يقتل.

قال مالك: لأنه خرج من كفر إلى كفر.

وقال عبد الملك: تقبل؛ لأنه دين لا يقر عليه بجزية.

وقال (ش)، وابن حنبل: نقبل توبته، ظهرنا عليه أم لا، وعند (ح) الرويات.

لنا: قوله - عليه السلام -: «مَنْ بَدَّلَ دِيْنَهُ فَأَقْتُلُوهُ»^(١) «لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِخْدَى ثَلَاثٍ كُفْرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ...»^(٢).

احتجوا بقوله - تعالى - ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] ولم يخص المجاهر، ويقول - تعالى -: ﴿إِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥] ويقول - عليه السلام - «فَإِذَا قَالُواهَا

(١) من حديث على بن أبى طالب أخرجه الشافعى (٢/٨٦-٨٧)، باب ما جاء فى قطاع الطريق (٢٨٥)، والبخارى (١٢/٢٧٩)، كتاب استتابة المرتدين: باب حكم المرتد (٦٩٢٢)، وأبو داود (٤/١٢٦) كتاب الحدود: باب الحكم فىمن ارتد (٤٣٥١)، والترمذى (٤/٤٨) كتاب الحدود: باب ما جاء فى المرتد (١٤٥٨)، وابن ماجه (٢/٨٤٨) كتاب لحدود: باب المرتد (٢٥٣٥)، والنسائى (٧/١٠٤) كتاب تحريم الدم: باب الحكم فى المرتد (٤٠٥٩)، وأحمد (٢/٢١٧).

(٢) من حديث عثمان بن عفان: أخرجه أحمد فى المسند (١/١٦٣)، وأبو داود (٤/١٧٠) كتاب الدييات: باب الإمام يأمر بالعفو فى الدم (٤٥٠٢)، والترمذى (٤/٤٠٠) كتاب الفتن: باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم (٢١٥٨)، وابن ماجه (٢/٨٤٧) كتاب الحدود: باب لا يحل دم امرئ مسلم (٢٥٣٣).

عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ... الحديث، وقبل الرسول ﷺ إسلام عبد الله بن أبي مع علمه بزندقته، وكذلك غيره من المنافقين، والقياس على غيره من الكفار، وفي مسلم قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لأسامة في رجل قتلته وهو يقول لا إلا إلا الله: «مَنْ لَكَ بِ«لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»، قال فقلت: يا رسول الله، إنما قالها فرقاً من السلاح، فقال: هَلَّا شَقَقْتَ عَنْ قَلْبِهِ»^(١)؛ إشارة إلى تعلق الحكم بالظاهر دون الباطن.

والجواب عن الأول: بحمله على المجاهر؛ جمعاً بينه وبين قوله - تعالى - ﴿فَلَا تَكُن مِّنَ الَّذِينَ يَنفَعُهُمْ إِيمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوُا بَاسًا﴾ [غافر: ٨٥]، أو على أحكام الآخرة، وهو الجواب عن الثاني والثالث.

وعن الرابع: انعقاد الإجماع اليوم [على أن]^(٢) من علم نفاقه لا يقر، فنقول: عندنا وعندهم يستتاب، وإنما فعله - عليه السلام - لئلا يتحدث الناس أن محمداً يقتل أصحابه، ولو ثبت ذلك لقتلهم لقيام الحجة له - عليه السلام - كما كان يقتلهم في الزنى، وغيره؛ لقيام البينة، وعلمه هو وحده ويقر مع علمه، فخاص به عندنا، وعندكم.

وعن الخامس [الفرق]^(٣) بأن توبة هذا لا تثير ظناً؛ لأنه حالته المستترة، بخلاف مظهر الكفر.

وعن السادس: أن الإكراه على الإسلام في الحربي مشروع إجماعاً، ويثبت إسلامه مع الإكراه، بخلاف غيره، لا بد من الإسلام من باطن القلب. فرع: في الجواهر: عرض التوبة على المرتد واجب، والنظر أنه يمهل ثلاثة أيام، فيكون الإمهال واجباً، أو مستحباً، روايتان.

قال مالك: وما علمت في استتابته تجويعاً، ولا تعطيئاً، وأرى أن يقات من الطعام ما لا ضرر له معه، ولا عقوبة عليه إن تاب، كان حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، ارتد عن إسلام^(٤) أصلى أو طارئ.

(١) من حديث أسامة بن زيد: أخرجه البخاري (٥٩٠/٧) كتاب المغازي: باب بعث النبي ﷺ أسامة (٤٢٦٩)، وطرفه في (٦٨٧٢)، ومسلم (٩٦/١) كتاب الإيمان: باب تحريم قتل الكافر بعد أن قال: لا إله إلا الله (٩٦-١٥٨).

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الإسلام.

قال الطرطوشي: فإن قتله أحد قبل عرض التوبة: فلا قصاص، ولا دية، قال القاضي أبو الحسن: يعذر عندى فى المرة الثالثة؛ لأنه فى رده الثانية بعد مباشرة الإسلام، وانتفاء الشبهة بالإسلام الطارئ بعد المرة الأولى. وقال (ح): عرض التوبة ليس بواجب، وإن طلب التأجيل. وعن (ش)، وأحمد قولان.

وقال عبد العزيز بن أبى مسلمة: لا يمهل، ويقتل وإن تاب. دليل وجوب عرض التوبة قوله - تعالى -: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] والأمر للرجوب، ولأنه إجماع الصحابة، ولأنه يحتمل أن يكون عرضت له شبهة فتأول أو يزيلها عنه. احتجوا بقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ أَرَادُوا كُفْرًا لَمْ يَكُنِ اللَّهُ يَغْفِرْ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٣٧].

وجوابه: القول بالموجب، فلعلهم الممتنعون عن التوبة. فرع: ووافقنا (ش)، وأحمد على قتل المرتدة. وقال (ح) [لا^(١)] تقتل، وتحبس إن كانت فى دار الإسلام حتى تسلم، وإن لحقت بدار الحرب استرقت^(٢) أو كانت أمة جبرها سيدها على الإسلام إلا أن تكون الملكة، أو الساحرة، وسأبة النبى ﷺ تقتل^(٣).

وأصل المسألة: أن القتل حد للحراية، وهى تقاتل، أو للكفر. لنا: قوله - عليه السلام -: «مَنْ بَدَلَ دِيْنَهُ فَاقْتُلُوهُ» ولأنها تقتل بالزنى كالرجل، فكذلك الردة، وهى تجبر على الإسلام فتقتل كالرجل فقط؛ أجابوا عن قوله - عليه السلام - «من بدل دينه فاقتلوه» أن المراد به الرجل فقط، لأنه لم يقل: من بدلت، ولا دينها، ولا فاقتلوها، ومفهومه - إذ خصصه بضمير الرجل: ألا تقتل المرأة، وأن الرجل جنى على الإسلام؛ لأنه كان عاصماً لدمه، والمرأة لا يعصم دمها الإسلام؛ لأنها لا تقتل بالكفر الأصلى، ولأنه - عليه السلام - نهى عن قتل النساء^(٤) وقياساً على كفرها الأصلى، وناقصة العقل، فلا تقتل كالصبى.

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: استرقت.

(٣) فى أ: فتقتل.

(٤) أخرجه البخارى (١٤٨/٦) فى الجهاد: باب قتل الصبيان فى الحرب (٣٠١٥)، ومسلم =

والجواب عن الأول: أن الضمائر إنما ذكرت للفظ من ؛ لأنه مذكر، ويشمل الفريقين؛ لقوله - تعالى - ﴿مَنْ يَمَلَّ سَوْءًا يُجْزَ بِهِ﴾ [النساء: ١٢٣].
وعن الثاني: النقض بالشيوخ، والزمنى: فإنهم يقتلون بالردة دون الكفر الأصلي.

وعن الثالث: أن خبرنا علق فيه الحكم بالمعنى، وفي خبركم بالاسم والمعنى أقوى، فيقدم.

وعن الرابع: الفرق بأن الردة بعد الاطلاع على محاسن الإسلام، فهي أقبح، ولذلك لا يقر عليها بالجزية.

وعن الخامس: الفرق بالتكليف فيها دونه.

فرع: فى النوادر: إذا ارتد أهل مدينة، وغلبوا عليها: استتيبوا، فإن لم يتوبوا قتلوا، ولا يسبوا، ولا يسترقوا.

قال سحنون: يستتاب من بلغ من أولادهم، ويكره الصغار على الإسلام وقيل: يسبى من بلغ كالحربى، وإن لحق المرتد بدار الحرب، وحارب، فظفرنا به: يستتاب وليس كالمحارب يظفر به قبل التوبة؛ لأن أهل الردة قبلت توبتهم.
الحكم الثانى: ولده.

ففى النوادر: قال ابن القاسم: يسترضع لولد المرتدة من بيت المال، وتقتل، فإن لم يقبل غيرها أخرجت، وولد ولد المرتد كالولد إذا أخذ من دار الحرب، لا يسبى، بل [يتحتم]^(١) القتل أو التوبة؛ لعظم جناية الردة، وإن صاروا فى سهمين لواحد أخذوا منه، ولا يتبعون بشيء قاله سحنون، ورجع إلى سبى البالغ من الولد؛ لأن كفره لم يتقدمه إسلام؛ فهو كالحربى.

قال ابن القاسم: إذا ارتد، ولحق بدار الحرب، وارتد أهله هناك: فولده الحادث بعد الردة فىء مثل شيء، وكذلك ولده الصغار، كولد الحربى، وكذلك الزوجة، ثم رجع إلى أنها ليست فيئاً، وإذا ارتدت ذات زوج حرة، ولحقت بدار الحرب،

= (٣/١٣٦٤) فى الجهاد والسير: باب تحريم قتل النساء (٢٥/١٧٤٤)، ومالك فى الموطأ (٢/٤٤٧) فى كتاب الجهاد: باب النهى عن قتل النساء والولدان فى الغزو (٩).
(١) سقط فى أ.

وتزوجت، فولدت، ثم سييت مع الكفار: فأولادها الكبار تبع لآبائهم فى الدين، بخلاف المأسورة المسلمة، ولا يكون زوج التى تابت من الردة أحق بها. قال عبد الملك: إذا ارتد أهل قرية: قتل الرجال، والنساء، وبالغو الذرية، ولا يسبى الصغار، ولا يسترقوا، ولا تستحل نساؤهم، وإن كانوا أهل ذمة: فذرائعهم، وأموالهم فىء مثل: شئ تبع لرجالهم؛ لاندراجهم فى نقض رجالهم العهد، كفعله - عليه السلام - فى قريظة.

قال ابن القاسم: إن ارتد، وله ولد صغير امتنع عن الإسلام، وكبر: يضرب، ولا يقتل، وإن ولد حال الردة، وأدرك قبل الحلم: جبر على الإسلام، وإن بلغ: ترك، ولا يكون كمن ارتد؛ لأنه لم يتقدم له إسلام فعلى، ولا حكمى. وعن ابن القاسم: إذا اتخذ الأسير يبلد الحرب أم ولد، فمات، وغنم المسلمون الأمة، وولدها: فهم معها أحرار، وماله فىء، وإن حملت منه، وهو مرتد: فالجميع فىء؛ لأنها حالة لا يتقرر بها تصرف.

قال محمد: إن لم يعتقها حتى بلغ الولد الذى حملت به قبل الكفر: لم يجبروا على الإسلام، فهم فىء، وصغارهم أحرار مع أبيهم. قال مالك: وكل ما ولد للمرتد بعد رده لهم حكم المرتد، ولا يرق، ويجبر الصغار على الإسلام، ويستتاب البالغ، فإن لم يتب قتل.

وفى الجواهر: من ارتد لا يتبعه ولده الصغير فى الردة؛ لأن التبعة إنما تكون فى دين يقر عليه، فإن [قتل]^(١) الوالد على الكفر: بقى الولد مسلمًا، فإن أظهر خلاف الإسلام: أجبر على الإسلام، فإن غفل عنه حتى بلغ: ففى إجباره^(٢) خلاف إذا ولد قبل الردة، وفى الإجبار بالسيف أو السوط خلاف، وإن ولد بعد الردة: أجبر وإن بلغ، وقيل: إن بلغ ترك. الحكم الثالث: ماله.

وفى الجواهر: يوقف، إن عاد أخذه؛ لزوال المانع، كدمه، وروى الشيخ أبو إسحاق: أن ماله لا يعود إليه، كالحربى إذا أسلم بعد الغنيمة، وإن قتل على رده

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: إخباره.

ففىء، إلا أن يكون عبداً فلسيده.

وفى النوادر: قال ابن القاسم: يطعم من ماله زمن رده، وإن باع واشترى بعد حجر السلطان فلحقه دين: فقيل: لم يكن دينه فى هذا المال؛ بل فى كل ما أفاد من حين حجر عليه بهبة أو غيرها؛ لأنه انتقل للمسلمين، وكل ما باع، أو عمل، أو اتجر، أو اشترى، أو تصدق به عليه: فدينه فيه، حتى يوقفه السلطان للقتل، فلا يلحقه دين إن قتل؛ لعدم الذمة بعدم الأهلية، وإن رجع فدينه فى ماله وذمته.

قال ابن القاسم: وإذا تزوج، وبني: فلا صداق لها.

قال سحنون: رده حجر، ولا يحتاج لحجر إلا أن يتابعه أحد فى ذمته، أو يزوجه فى ذمته، كما يبايع المفلس فى ذمته، وإن باع شيئاً تعقبه الإمام، فيمضى الغبطة، ويرد المحاباة إن قتله، وإن تاب كانت عليه، وإن تزوج، وبني: فإن قتل: فلا شيء لها، وإن تاب: فلها الصداق.

وفى الموازية: ما باع أو اشترى أو أقر به قبل الحجر: باطل، بخلاف نكاحه، وما أقر به، أو باع بعد الحجر: لم يدخل فى ماله، إلا أن يتوب، ومن أظهر رده، فقتل: فماله لبيت لمال، وتبطل وصاياه وهو مسلم، إلا ما ليس فيه رجوع [لا يبطل]^(١) كالمدير، فهو من ثلثه يوم قتل، أو ما خرج منه، ومعتقه إلى أجل، وأم ولده، وبدينه حالة الإسلام، يلزمه ذلك كله، وما كان من ذلك بعد رده فهو باطل إن مات أو قتل، وإن كان قبل الحجر [قاله أشهب، وقال ابن القاسم: تلزمه ديونه التى اداها قبل الحجر]^(٢) وينفذ إقراره، وإن رجع إلى الإسلام: لزمه ذلك كله، ويرجع إليه ماله، إلا أمهات الأولاد، ففيهن خلاف.

قال ابن القاسم: يرجعن يطوئن.

وقال أشهب: عتقن بالردة كامراته.

وعن ابن القاسم: ما ادا ان كان قبل الردة يلزمه^(٣) أو بعد الحجر: فهدر إن مات، أو قتل، ولازم إن تاب.

قال محمد: وهو أصبح ما سمعت.

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى أ.

(٣) سقط فى أ.

قال ابن القاسم: لا ينفق من ماله على ولده، ولا على عياله؛ لأنه معسر بالردة، ولا من قلنا يعتق عليه ولده المسلم عند ابن القاسم، كالكافر الأصلي مع العبد المسلم، وإن فقدوا: فليبت المال.

وقال أشهب: بل للمسلمين؛ لأن الردة قطعت نسبه.

قال ابن القاسم: ما أعتق في رده، أو كاتب فردت كتابته: فولأؤه للمسلمين؛ لأنه لا يثبت له ولاء، ولا يأخذ بالشفعة؛ لأن الله - تعالى - إنما ملك لضرورة الحياة، وهذا ميت شرعاً، ويرث العبد المرتد سيده، وكذلك من فيه علقه رق؛ لأنه يرث بالملك لا بأسباب الميراث.

فرع: في الموازية: إن شهد عليه واحد بالردة في رمضان، وآخر عليه بها في ذي القعدة، ومات من يرثه في شوال - ورثه؛ لأن الردة لا تثبت عليه إلا في ذي القعدة؛ لأن النصاب لم يكمل إلا فيها.

قال ابن القاسم: إن مات للمرتد ولد مسلم: ورثه غير الأب، ولا يرثه الأب، وإن رجع للإسلام؛ لأن الردة نقلت الميراث لغيره وقال أشهب: يرثه إن رجع؛ لزوال المانع.

الحكم الرابع في: جنائنه

ففي النوادر: جعله ابن القاسم مرة كالمسلم إذا رجع، ومرة جعله كالنصراني، ورجع للأول، وذلك فيما جرح، أو جنى على عبد، أو سرق، أو قذف، فيجرى مجرى المسلم إذا رجع، وإلا قتل، ولا يقام ذلك عليه إلا الفدية، وإن قتل حرًا، وهرب لدار الحرب: لم يكن لولاة المقتول من ماله شيء، وإن قتل عبدًا، أو ذميًا: أخذ ذلك من ماله.

وقال أشهب: لولاة المسلم الدية من ماله - إن شاءوا - أو يصبروا حتى يقتلوه. وعن ابن القاسم: إن قتل مسلمًا خطأ: فديته في بيت المال؛ لأن بيت المال يرثه، وإن قتل نصرانيًا أو جرحه: اقتص منه؛ لأنه دونه، أو جرح مسلمًا: لم يقتص منه، وإن قتله: قتل به.

قال محمد: إن قتل مسلمًا عبدًا: لم أعجل القصاص حتى أسبتيه، فإن لم يتب، وقتل: سقط عنه ذلك، إلا الفدية؛ لأنها حق ذمي، وإن تاب اقتص منه؛ لأنه إذا لم يتب مستحق للردة، وإن قتل عبدًا أو نصرانيًا عمدًا: فذلك في ماله - قتل، أو تاب

- فإن قتل المرتد أحدًا عمدًا: قال ابن القاسم: ديته في ماله دية أهل الدين الذي ارتد إليه؛ لأنها سواء.

وقال سحنون: لا يلزمه إلا الأدب؛ لأنه مباح الدم، وإنما افتات على الإمام، فإن قتل مسلمًا بدار الحرب، أو قذفه أو زنى، ثم يؤسر، فلم يتب: يقتل، ويسقط القذف، وإن تاب: سقط عنه كل شيء فعله بدار الحرب، كالحربى، ومن وجد معه ماله بعينه: أخذه، وإلا لم يتبعه^(١) وإن كان مليًا.

قال محمد: إن قتل قبل أن يرتد: جلد مائة وحبس.

الحكم الخامس - الجناية عليه:

تقدم في الحكم الرابع قول ابن القاسم، وسحنون.

قال في النوادر: قال أشهب: إذا قتلته: فلا قصاص، ولا دية، أو قطعت يده، فعاد إلى الإسلام: فدية يده له دية الدين الذي ارتد إليه.

قال ابن القاسم: إن جرحه عمدًا، أو خطأ: فعقل جراحه للمسلمين إن قتل، وله إن تاب، ولو جرحه عبد أو نصراني: فلا قود؛ بل العقل، قاله أشهب.

وما أصيب به في رده من جرح عمدًا أو خطأ، ثم تاب: اقتص له في العمد من المسلم، وإن كان نصرانيًا، أو عبدًا: لم يقتص له منهما، وذلك في رقبة العبد، وفي مال النصراني، وإن كان الفاعل مرتدًا، ثم تاب: اقتص منه، فإن تاب المفعول به دون الفاعل أتى العقل على عاقلته في الخطأ؛ لأن ما أصيب به المرتد فعقله للمسلمين، كمن سجن في قتل، فجنى عليه، فله القصاص، وإن قذفت مرتدًا^(٢): فلا حد، تاب أم قتل، قذفه مسلم أو كافر، وكذلك: إن قذف قبل ارتداده فلا حد، وإن تاب كمن زنى بعد القذف، ولو قذفه بأمه: حد لأمه إن كانت مسلمة.

الجناية الثالثة - الزنى.

وفي التنبيهات: هو يمد ويقصر، فمده بناءً على أنه فعل من اثنين، كالمقاتلة، ومصدره كالقتال، وقصره؛ لأنه اسم الشيء نفسه.

و اشتقاقه من الشيء الضيق.

(١) في أ: يتبع.

(٢) في أ: مدبرًا.

وأصل تحريمه الكتاب، والسنة، والإجماع.
 فالكتاب: قوله - تعالى - : ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ...﴾ الآية [الإسراء: ٣٢] ، وفى
 السنة أحاديث الرجم^(١) وغيرها، وأجمعت الأمة على تحريمه.
 قاعدة: الكليات الخمس أجمع على تحريمها جميع الشرائع والأمم: تحريم
 الدماء، والأعراض، والعقول، والأنساب، والأموال، فيمنع القتل، والجراح،
 والقذف، والمسكرات، والزنى، والسرقه، وإنما اختلف فى القليل من الخمر.
 فعندنا: يحرم تحريم الوسائل، وعند غيرنا مباح.
 والنظر فى تحقيق السبب الموجب، وفى الموجب.
 النظر الأول: فى السبب
 وفى الجواهر: ضابطه انتهاك الفرج المحرم بالوطء المحرم فى غير ملك^(٢) ولا
 شبهة.
 وفى التنبيهات: له عشرة شروط: البلوغ، والعقل، والإسلام، وعدم الشبهة فى
 الموطوءة بملك أو نكاح، ومغيب الحشفة فى قبل أو دبر، وكونهما غير مكرهين ولا
 جاهلين بالتحريم، فهذه فى الجلد، وفى الرجم: الإحصان، والحرية أصاب آدمية
 حية فى سن من يطبق الرجل^(٣).
 واختلف فى مقارب البلوغ، وفى النصرانى، وفى المصيب صغيرة لا تطبق
 الرجل، والميتة، والبهيمة، والمكره، والجاهل بتحريم الزنى.
 وفى المدونة: إن لم يحتلم وأنبت: يحد، وكرهه ابن القاسم؛ لعدم التكليف
 والأول: لحديث بنى قريظة أن النبى ﷺ جعل من ينظر إلى الموقوفين فمن أنبت:
 جرى عليه حكم الرجال^(٤).
 وفى المدونة: يحد بالصغيرة إذا كان مثلها يوطأ، وإلا فلا.
 وقال ابن القاسم: يحد وإن كانت بنت خمس سنين.

(١) سيأتى طرف منها.

(٢) فى أ: الملك.

(٣) فى أ: من لا يطلق.

(٤) أخرجه أحمد (٣٨٣/٤)، والدارمى (٢٢٣/٢)، وأبو داود (٥٦١/٤) (٤٤٠٤)، والترمذى

(١٤٥/٤) حديث (١٥٨٤)، والنسائى (١٥٥/٦)، وابن ماجه (٨٤٩/٢) حديث (٢٥٤١)

و(٢٥٤٢) من حديث عطية القرظى.

وفى كتاب الرضاع: يحد بالميتة؛ لأنها آدمية محرمة الوطء. وفى الزاهى: لا يحد؛ لأنها [لا]^(١) تشتهى غالبًا، ولا خلاف أنه لا صداق لها. وإن زنى بئامة حد، ولها الصداق.

ولا يحد بالبهيمة عند ابن القاسم؛ لتعذر قياسها على الآدمية بقيام الفارق. وفى الثانى: يحد؛ لأنه فرج محرم.

وعند مالك: لا يحد النصرانى، ويرد إلى أهل دينه، ويعاقب إن أعلنه. وقال المغيرة^(٢) يجلد بكرًا أو ثيبًا، وإن استكرهت هى: لم تحد، وإن أكرهته: حدت، وفى حده [هو] قولان، وإن أكرها جميعًا: لم يحد، ويختلف فيه؛ بناء على الإكراه: يتأتى معه الزنى أم لا؟ والصحيح: يتأتى لأن الزنى لا يتوقف إلا على إيلاج الحشفة فى الفرج، وهو غير متوقف على الانتشار، ولأن اللذة والانتشار طبيعتان عند ملاقة الملتذ، فلا يمنعهما الإكراه، كاللذة بالشم والذوق.

والإكراه لا يُجوز الإقدام؛ لحق المرأة، وإن كان بالقتل، وإن فعل أثم، وعليه الصداق، وإن استكرهته هى بالقتل: جاز الإقدام؛ لأنها أباحت نفسها.

وأوجب فى الكتاب الحد على الأعجمى، وحديث الإسلام، والجاهل بالتحريم، ومنعه أصبح؛ لعدم وجود الجراءة على محارم الله، وإن كان أحدهما مجنونًا، أو صغيرًا: حد العاقل البالغ، وعوقب المجنون، والصبى؛ استصلاحًا له، كتأديب البهيمة إن لم يطبق المجنون.

أو أحدهما نصرانى: حد المسلم، وفى النصرانى ثلاثة أقوال: يعاقب، ويحد [أو] يتنقض عهده، ويحد المسلم بالحربية إن زنى بها فى أرض الإسلام وكذلك أرض الحرب، عند ابن القاسم، خلافًا لعبد الملك؛ لعدم استقرار الملك فى أرض الحرب، وفى جارية من المغنم قولان.

وفى هذا النظر ستة عشر حكمًا:

الأول:

فى كتاب القذف: إذا جهلت البيئة الموطوءة: حد، إلا أن يثبت إباحتها، أو

(١) سقط فى: أ.

(٢) فى أ: الغير.

يكونا طارئين: فلا شيء عليه إذا قال: هي امرأتى، أو أمتى، وأقرت له بذلك، إلا أن تقوم بينة بخلافه؛ لأن الأصل عدم المبيع، ولأن شأن النكاح الإعلان. قال ابن يونس: قال مالك: سواء وجد مع امرأة يطؤها، أو أقر بذلك، وادعى المبيع، ولا تقبل فيه شهادة أبيها، ولا أخيها، إلا أن يكون سمع وعرف، فلا يحد، ولا بد من جديد عقد بعد الاستبراء.

قال عبد الملك: إن قال: وطئت فلانة بنكاح، أو اشتريت أمة فلان، فوطئتها: لا يكلف بينة، وإنما يكلف إذا وجد معها [يطؤها]^(١).

قال ابن حبيب: وقاله علماؤنا، وقد غلط فيه بعض من يشار إليه. قال عبد الملك: وإن رآه يطاء، ولم يعلموا حالها: فقال: كانت زوجتى، وقد طلقته، أو أمتى، وقد بعته، وهو معروف أنه غير ذى امرأة، ولا جارية: صدق ولا تلزمه بينة، ولو وجد معها: كلف البينة إن لم يكن طارئاً؛ لأنه أحدث فى معينة نكاحاً، أو ملكاً، وهى تعرف بغير ذلك، والأول ادعى مجهولة، ولو لم يدع ذلك، وقال: كذب الشهود^(٢): حد.

الثانى:

فى الكتاب: إذا تزوج خامسة، أو مبنوة^(٣) منه ثلاثاً قبل أن تنكح غيره، أو أخته من الرضاة، أو النسب أو ذات محرم عالماً بالتحريم: حد، ولا يلحق به الولد؛ لضعف العذر^(٤) فيهم، أو امرأة فى عدتها، أو على خالتها أو عمتها، أو نكاح متعة: عوقب، ولا يحد فى النكت؛ لأنه تحريم بالسنة، ويحد فى الجمع بين أختى النسب؛ لتحريمه بالكتاب، وهو أصل يعتمد عليه.

والفرق بين الواطئ أمة يدعى شراءها، فيطالب البائع باليمين، فينكل، فيسقط الحد عن الواطئ إذا حلف، وقضى له بها، وبين السارق يدعى على رب المتاع: أنه يعلم أنه له، فينكل: أن القطع يتحتم، وإن حلف السارق، واستحق المتاع: أن شأن الوطء الشهرة، بخلاف المتاع.

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: المرتد.

(٣) فى أ: مينة.

(٤) فى أ: الغرر.

قال ابن يونس: روى عن النبي عليه السلام^(١). اذْأَوَّأَ الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ، وروى الثوري عن ابراهيم: خطأ الحاكم في العفو خير من الخطأ في العقوبة، ويريد ابن القاسم: في ذوات المحارم، والمبتوتة، والخامسة، ونحوهما إلا أنه يعذر بالجهالة فلا حد عليه.

الثالث: في الكتاب: إن ادعى نكاحها، وصدقته هي ووليها، وقالوا: عقدنا ولم نشهد، ونحن نشهد الآن: حد الرجل والمرأة إلا بينة غير الولي؛ للتهمة^(٢) وإن جلد بعد انتفاء النكاح بغير الاستبراء، وإن ادعى شراء الأمة، فنكل البائع، وحلف الواطئ: درئ عنه الحد؛ لأن الوطء شأنه الكتمان، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: إن كانت بيده: لم يحد، ولحق به الولد، ويحلف البائع: ما باع، ويأخذها، ويتبعه بقيمة، [وإن لم يكن في يده: حد إذا لم يعف بجور، ولا يلحقه]^(٣) الولد، ويحلف السيد، ويأخذها وما ولدت، فإن نكل: حلف الواطئ، وبقيت له أم ولد، ولا يلحقه الولد؛ لأنه حر، ولا يسترق الولد، ولا أمته؛ لإقراره بمانع ذلك، ولا يسقط الحد بنكول السيد؛ لأن تصديقه لا يسقط الحد، ولا يسقط بشاهد مع إقرار السيد، ويسقط بشاهد وامرأتين استحساناً؛ لأن ذلك يوجب الملك، وخالفه ابن القاسم، فقال: إذا نكل السيد: حلف الواطئ، وصارت له، ويسقط الحد، وقال: إذا أعتق عبد ولا مال، فشهد رجل وامرأتان بدين: يرد العتق، وكذلك لو حلف مع الشاهد، أو لم يقم شاهد، وطلب تحليف المعتق، فنكل، وحلف المدعى، وكذلك إن تزوج أمة، وأقام سيدها رجلاً وامرأتين: أن زوجها ابتاعها منه: حرمت على زوجها مع امتناع شهادة النساء في العتق والطلاق.

الرابع: في الكتاب: يسأل الشهود عن كيفية الرؤية، والفعل: فإن ظهرت ريبة: بطلت الشهادة، وإذا قبلت: قبل قوله: أنه بكر، فيجلد إلا أن يشهد بالإحصان شاهدان، فيرجم؛ لأن الأصل: عدم الزواج، ولا يقبل في الإحصان شهادة نساء، معهن رجل أم لا.

(١) أخرجه الترمذي (٣٣/٤) (١٤٢٤)، والحاكم في المستدرک (٣٨٤/٤)، والبيهقي (٨/٢٣٨) من حديث عائشة.

(٢) في أ: للتيمة.

(٣) سقط في أ.

قال ابن يونس: لا يسأله: أبكر هو؟ حتى يكشف عنه: فإن وجد علمًا، وإلا سأله، وقبل قوله بغير يمين.

قال اللخمي: قال محمد: إن غاب الشهود قبل أن يسألوا غيبة بعيدة، أو ماتوا: أقيم الحد، إن كانوا من أهل العلم بما يجب به الحد.

قيل لابن القاسم: إن أقر: هل يسأل كما تسأل البيعة؟ قال: الذي جاء في الحديث: أبصاحبكم جنة؟^(١) ولم يسأله.

قال اللخمي: هو كالبيعة: يسأل إن أشكل أمره، وفي البخاري: أن النبي ﷺ سأل ماعزًا^(٢)، بالنون والكاف.

قال محمد: إن قال: إذا شهدت البيعة: أنا عبد، وهو محصن: لم يصدق؛ لاتهمامه إثارة الرق على القتل، وإن كان بكرًا صدق، كذلك في القذف، والشرب يحد حد العبد؛ لأنه لا يتهم في إرفاق نفسه.

قال اللخمي: [إن لم يكن]^(٣) طارئًا لم يعجل رجمه إن كان ثيبًا، ولم يصدق إن كان بكرًا وكلف بيان لمن هو مملوك، فإن تبين كذبه حمل على أحكام الحر، أو صدقه: فأحكام العبيد، وإن كان طارئًا، ويلده قريب: فكذلك، أو بعيد وثم قرينة عجمة لسان، أو تغير لون: [لم] تقم أحكام الأحرار، وإن لم تكن قرينة، وقال: أسجن حتى يثبت أنني عبد: لم يرجم، وكذلك الجواب إن قال: يهودى، أو نصرانى.

الخامس: في الكتاب إن قالت: زنت مع هذا، أو قال هي زوجتي أو وجدًا في بيت، فأقرا بالوطء، وادعيا النكاح، ولم يأتيا بيعة: حدًا؛ لأن الأصل، عدم السبب المبيح ويحد واطئ الصغيرة يوطأ مثلها والمرأة يطؤها صبي يجامع مثله، وإن لم يحتلم، ولا حد عليها بخلاف أن يطأها مجنون؛ لأن اللذة تحصيل مقصود الوطء مع الإنزال.

(١) أخرجه البخاري (١٣٦/١٢) (٦٨٢٥)، ومسلم (١٣١٨/٣) حديث (١٦/١٦٩١)، وأحمد (٤٥٣/٢)، والبيهقي (٢١٩/٨) من حديث أبي هريرة.

(٢) من حديث ابن عباس أخرجه البخاري (١٣٨/١٢) كتاب الحدود: باب هل يقول الإمام للمقر؟ (٦٨٢٤)، وأحمد في المسند (٢٣٨/١)، والطبراني في الكبير (٢٣٨/١١)، والدارقطني (١٢١/٣).

(٣) سقط في أ.

ويحد المسلم بالذمية، وترد هي لأهل دينها، ويجب الحد والصداق في المجنونة، والنائمة، والمغصوبة.

قال ابن يونس: قال محمد: لا صداق للصغيرة على البالغ.
قال ابن يونس وإن كان غير البالغ يلتذ به وتنزل المرأة بجماعه: ينبغي أن يكون عليها الحد بنيلها ما ناله الكبير من الصغيرة، ويحد الحي بالميتة، ولا صداق، كما لو قطع عضوًا لم يلزمه أرش، وآتى البهيمة يؤدب، ولا يحد، وإن غصب امرأة: فالحد والصداق.

وقال أشهب: إن أقرت أنها زنت، وقال: أنا تزوجتها: لا حد عليه؛ لأنه لم يعترف بوطء إلا في نكاح، وتحدها بوطء إلا في نكاح، فادعى نكاحها؛ لأنه أخذ، فهو يدفع عن نفسه، وسوى بينهما ابن القاسم.
السادس:

في الكتاب: لا يعذر العجم بدعوى الجهالة، ولا المرتين باعتقاد الحل في المرهونة عنده، ولم يأخذ مالك بما جاء في الحديث: «زنت بمرغوس بدرهمين». في التنبيهات: يقال: بفتح الميم وسكون الراء، وضم ألغين المعجمة، وسين مهملة، يعنى: أسود، وقيل: اسم عبد أسود مقعد، وقيل: قولها: بدرهمين تفسير بمرغوس أى: بدرهمين، وهو ضعيف لأن عمر - رضى الله عنه - استفهمها، وكانت نوية معتقة لحاطب بن أبى بلتعة، فقالت بدرهمين من مرقوص بقاف.
قال الشيرازي في طبقات الفقهاء: وقعت في خلافة عمر - رضى الله عنه - فاستشار عبد الرحمن بن عوف، وغيره، فقالوا: عليها الحد، وقال عثمان من بين الجمع: لا حد عليها؛ لأنها يظهر أنها تعتقد أنها ما صنعت مكروهاً، والحدود إنما هي لمن يعتقد ذلك، فأخذ عمر - رضى الله عنه - بقوله، فهو أثر لا حديث.
قال ابن يونس: العارية، والمستأجرة كالمرهونة، وإنما ترك مالك الحديث؛ لأن الزنى اليوم اشتهر تحريمه بخلاف ذلك الزمان، وأخذ أصبغ بحديث مرغوس، ودرأ الحد عن الجاهل للزنى، كالسبى ونحوه.

السابع:

فى الكتاب: إن اشترى من يعلم [بحريتها]^(١) حد، إن أقر بوطئها.
وقال ابن القاسم: لا تحد هى، إن أقرت له بالملك.
وقال الأبهري: تحد إن علمت أنها حرة؛ لأنها يلزمها أن تمنعه نفسها، أو تدعى الحرية فلعله يصدقها، أو يكف عنها، فإن أكرهها: فلا حد عليها.
الثامن:

فى الكتاب: شروط الشهادة فى الزنى: أن يشهد أربعة فى وقت واحد، على وطء واحد، فى موضع واحد، بصفة واحدة؛ لأنهم مأمورون بالستر، فحيث خالفوا: شدد عليهم، ولأن الزنا فعلاً^(٢) فاحتاج كل منهما إلى شاهدين، ويسألهم الإمام: فإن وصف ثلاثة، وقال الرابع: رأيته بين فخذيهما حد الثلاثة للقدف، وعوقب الرابع، وإن لم يصفوا: حدوا للقدف دون المشهود عليه^(٣). وإن شهد اثنان: أنه زنا بها فى قرية كذا، وقال الآخرون قرية أخرى: حدوا كلهم للقدف، وكذلك بالفعلين المختلفين.

قال الطرطوشى: إن شهد الأربعة على فعلين أو عن موطئتين: فقولان: قال ابن القاسم: لا ينظر القاذف، ويحده، ومن شهد معه بأن فعل فأتى القاذف بالشهود، فشهدوا فى وقتين: قبلت، وحد الزانى.
قال محمد: إن ادعى بيينة بعيدة: حدوا وإن جاء بهم بعد ذلك: سقطت عنه الجرحه.

وإذا وصف ثلاثة دون الرابع: قيل: لا عقوبة على الرابع، ولو شهد اثنان بالزنى فى زاوية بيت، واثنان فى زاويته الأخرى: لم يحد.
وقال عبد الملك: لا يضر الاختلاف فى الأيام، والمواطن، أتوا مجتمعين، أو مفترقين، وقاله (ش)، ووافقنا (ح)، وأحمد.

لنا: إجماع الصحابة، فإن عمر - رضى الله عنه - جلد أبا بكره وصاحبيه، حين شهدوا على المغيرة بالزنى، ولولا أن الإجماع شرط لكان ينتظر الرابع، وذلك أن أبا

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: فعلين.

(٣) فى أ: فيه.

بكرة وأصحابه كانوا فى غرفة، فهبت الريح، ففتحت الباب فرأوا أسفل الدار المغيرة بن شعبة بين رجلى المرأة، فقالوا: قد ابتلينا بهذا، فلما خرجوا للصلاة تقدم المغيرة، وكان أميرهم، فقالوا: لا ندعك تتقدم، وقد رأينا منك ما رأينا، فقل: إن هذا واليكم، فاكتبوا، فكتبوا، فدعاهم عمر، فشهد ثلاثة، فلما تقدم زياد، فقال عمر بن الخطاب: رجل شاب أرجو ألا يفضح الله على لسانك رجلاً من أصحاب رسول الله ﷺ فقال: رأيت استأى يربو ونفساً يعلو ورجلين كأنهما أذنا حمار، ولا أدري ما وراء ذلك، فقال عمر: الله أكبر، ودرأ الحد عن المغيرة، وحد الثلاثة، ولم يسألهم عن رابع، فلما جلد أبا بكرة، قال: أشهد ألف مرة أنه زنا، فهم عمر بجلده من الرأس، فقال على: إن كنت تريد أن تجلده، فارجم صاحبك^(١).

وهذه قضية بمشهد الصحابة - رضى الله عنهم -، وانتشرت، ولم ينكر أحد، ومعنى قول على: أنه إن كان هذا قذفاً: فالأولى شهادة - فقد كملت الشهادات أربعاً، وإن كان الأول قذفاً: فهذا إعادته، فما تجدد شيء؛ بل أعاد الأول، وقد ترتب على ذلك موجه - ويحتمل: إن جلدت هذا - مع أنه ليس عليه جلد - فارجم الآخر، وليس عليه رجم - فإن قيل: كيف ساغ له أن يلقيه ما يرجع به عن الشهادة، مع أن فيه توجه الحد على أصحابه، وإنما لم ينتظر رابعاً؛ لأن أبا بكرة، وأخاه نافعا، وشبل بن معبد، وزياذا، والمغيرة نزلوا فى دار، فالأمر محصور بينهم.

قلنا: للإمام عندنا أن يفعل ذلك، ويحتال لسقوط الحد، وهو كقوله - عليه السلام - لما عز: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، لَعَلَّكَ لَمَسْتَ»، والتحامل عليهم أولى؛ لأنهم كانوا مندوبين إلى الستر، والقضية جرت بالبصرة، وكتب بها إلى المدينة، فمن أين يعلم عمر أنه ليس ثم خامس أو سادس؟ مع أن الحد يدرأ بالشبهة، ولما استحب التلقين استحب التأخير فلما جزم بالحد - علم ما قلناه، ولأن الإقرار بالزنى اختص بأمرين - التصريح، وعدم الرجوع - فتختص الشهادة بما يؤكدنها عن سائر الشهادات، ولأنهم إذا اجتمعوا ثبت الزنى، فلم يتحقق القذف.

احتجوا بقوله - تعالى - ﴿ثُمَّ لَازَ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] ولم يخصص،

(١) تقدم تخريجه.

وبالقياس على سائر الحقوق.

والجواب عن الأول: أنه مطلق في الأحوال، وقد أجمعنا على العمل به بمعنى هذه الصورة، [فسقط]^(١) العمل به في غيرها، ولأننا تؤكد ذلك بالمعنى: أن الاجتماع ينفي الريية، بخلاف الافتراق، ولأن الأقاويل التي يشترط [إدماج] بعضها في بعض، يعيدها افتراق المجلس، كالصرف، وسائر الرويات، ولأن اجتماعهم يخرجهم عن القذف، بحصول موجب الزنى دفعة.

وعن الثاني: الفرق بأن سائر الحقوق لا يتجه على الشاهد فيها شيء، بخلاف الزنى يتجه عليه حد القذف، فاشتراط الإجماع دفعا لحد القذف عن الشهود، ولأن الافتراق يفضى إلى نقض حكم الحاكم، فإنه إذا لم يكمل النصاب، وقد مضى^(٢) بأن الأول شهادة، فيصير قذفاً، وسائر الحقوق لا ينتقض فيها حكم، ولأنه لو قذف ثلاثة لم يكمل عددهم، ثم جاء رابع: لم تقبل شهادته، فعلم أن المجلس^(٣) شرط. نظائر: قال أبو عمران: تقبل الشهادة مفترقة، إلا في الزنى، والسرقه.

تفريع:

في الكتاب: إذا شهدوا على شهادة غيرهم: فلا بد من شهادة اثنين على كل شاهد، وإلا كانوا قذفة يحدون.

في المقدمات: إذا شهد أقل من أربعة على شهادة أربعة: ففي الكتاب: يحدون للقذف، وقيل: لا - إلا أن يقولوا: هو زان، أشهد فلان وفلان بذلك، بخلاف: أشهدنا فلان، وفلان، وفلان بذلك، قاله محمد؛ لأنهم لم يصرحوا بنسبة الزنى إليه، وعلى الأول: يحد الشهود على شهادتهم إن أنكروا الشهادة وأتى بها^(٤) واحد منهم، ولو كانوا أقل من أربعة على الخلاف في سقوط شهادة القاذف: يتقدم القذف، أو بإقامة الحد، وهو مذهب ابن القاسم، وعلى قول محمد: تحدد الأصول بشهادة الفروع، إن كانوا أقل من أربعة، وأنكروا الشهادة، أو واحد منهم، إلا أن يكون الفرع واحداً: فلا يحدون، ويحد هو لانفراده.

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: قضى.

(٣) في أ: الخبر.

(٤) في ط: وأنكرها.

وقيل: لا يحد، فيتحصل في الفروع إذا كانوا أقل من أربعة، أو نقلوا عن أقل من أربعة، أقوال: ثالثها: لا يحدون، إن كانوا أكثر من واحد، وإلا حدوا. وفي المتنقي: قال عبد الملك: يصح أن يكون الشهود هم القائمين بالشهادة. وقال ابن القاسم: إن تعلقوا به، وأتوا السلطان: لم تجز شهادتهم - وعنه مثل الأول.

وفي النوادر: لو قال اثنان: أكرهها، وقال اثنان: طوعته: حد الشهود دونه؛ لاختلاف الصفة، قاله ابن القاسم، ولا حد على الرجل والمرأة، ولا أدب، وكذلك إن زنت المرأة، وعابنها اثنان، وقال الآخرون: لا ندرى أمى أم غيرها: حدوا دونه. قال في المدونة: ولا يشترط في الإقرار أن يصف، بخلاف الشهود، إلا أن يستعجل لقوة الإقرار.

قال ابن يونس: يجب الحد بالبينة، والإقرار؛ لأن رسول الله ﷺ وسلم رجم به ماعزًا، وبالحمل إذا جهل: هل هو من زنا أم لا، قاله عمر، وعثمان، وعلى، وابن عباس - رضى الله عنهم - ولم يعلم لهم مخالف.

وكتم الشهادة مندوب إليه؛ لقوله - تعالى - ﴿فَإِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ﴾ [النور: ١٣] ولا يأتي القاذف إلا بمن تقدمت رؤيته، ولم يقدح في شهادته كتبه. في المقدمات: يعتبر إقرار الأخرس، إن فهم عنه، وقاله (ش). وقال (ح): لا يحد بالإشارة؛ لتعذر التفرقة فيها بين الحلال والزنا، وهو ممنوع؛ بل يمكن ذلك.

قال اللخمي: يكفي من الإقرار مرة واحدة، إذا صرح ولم يرجع، قاله مالك، فإن لم يأت بعذر ولا رجع؛ بل جرى الإقرار جملة: فقال مالك مرة: يقبل رجوعه، ومنع مرة، فإن جحد الإقرار أصلًا: جعله مالك كالرجوع. قال: وليس بالبين؛ لأنه رجوع عن القول دون الفعل.

ويقبل الرجوع في جميع حقوق الله - تعالى - من السرقة، وشرب الخمر، والحاربة، إذا أتى بعذر يعرف، وإن لم يأت به: يختلف فيه، فإن اجتمع حق الله - تعالى - وحق آدمي في الإقرار، كإقراره بسرقة سلعة من فلان، أو اغتصب فلانة، أو حارب فلانًا وأخذ ماله، ثم رجع: لزمه حق آدمي، وإن أتى في حق الله - تعالى - بعذر: قبل، وإلا حد، وقيل في السرقة إن لم يعينها قبل رجوعه - وإلا فلا، وأسقط ابن

القاسم عن قاذف الراجع عن الزنى؛ خلافاً لأشهب؛ لأن الإقرار لا يتعدى المقر فيسقط حقه من الحد، ولو كان الإقرار الأول بغصب امرأة: لم يسقط الصداق، ولم يحد بقذفها إن أنكرت، ويسقط في السرقة القطع دون الغرم.

ويشترط في الحمل عدم الزوج والسيد، فإن كانت طارئة: صدقت. والمقيمة إن ادعت الغصب، وتقدم ذكر ذلك، وادعته على من يشبه، وإلا فلا، وإن لم تذكر ذلك إلا بعد ظهور الحمل: حدت، إلا أن تكون معروفة بالخير، فتكتم رجاء عدم الحمل، وطلب الستر، وفعله. عمر^(١) - رضى الله عنه - في امرأة قالت: كنت نائمة، فما أيقظني إلا الرجل، فسأل قومها، فاثبتوا عليها خيراً، فلم يحدها، وكساهها وأوصى بها أهلها، فإن شهدت البينة برؤيته بين فخذيهما: قالوا: لا تحمل على الوطء، وإن وجدنا مئيتاً يمكن وصوله: لم يحمل الحمل عليه، وحدت؛ لأنها تدعى الإكراه.

قال مالك: إذا غصبها، وبات معها، وقال: لم أصبها: صدق، ولو تزوجها، وبات معها، وشهدت البينة من الغد بالزنى: رجمت، مع أن المسألتين سواء، وإن كانت تعجن، فقالت: أصابني ذلك حالة الجنون: صدقت.

وتحد الأمة بالحمل، وإن كانت ملكاً لامرأة، أو لصبي. فإن كانت لرجل فأنكره، ولم تدع أنه منه، أو ادعت: حلف: ما أصابها، ولقد استبرأتها، ولا تحد؛ لأن دعواها شبهة، وله معاقبتها؛ لأنه أمين على عقوبتها لإصلاح ماله، ويحدها على القول بأن له إقامة الحد عليها بعلمه، وليس ذلك للإمام إذا ادعت على السيد؛ لأن السيد قاطع دون الإمام، فإن كان مع امرأة ولد، قالت: لم ألدّه وشهد شاهدان على إقرارها بولادتها: لا تحد، كما لو شهدوا عليها بالزنى، فجحدت، فلا بد من أربعة. . خالفنا الأئمة في الحمل.

لنا: ما في الموطأ: قال عمر - رضى الله عنه - : الرجم في كتاب الله - تعالى - حق على من زنا إذا قامت عليه البينة، أو إذا كان الحبل، أو الاعتراف، وهو قول منتشر في الصحابة من غير مخالف، فكان إجماعاً، وفعله عمر بجارية وعثمان بجارية ولدت

(١) أخرجه البيهقي (٢٣٦/٨) كتاب الحدود: باب شهود الزنا إذا لم يجتمعوا على فعل واحد فلا حد على المشهود.

لسته أشهر، فأمر بها أن ترجم، فقال على - رضى الله عنه - : ليس ذلك عليها، قال الله - تعالى - ﴿وَحَمَلُهُ وَفَصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وقال - تعالى - ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأمر بها أن ترد، وهو قولهم رضى الله عنهم.

احتجوا بقوله - عليه السلام - واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت، فأرجمها^(١)، وهذه لم تعترف فلا ترجم وبأن عمر - رضى الله عنه - أتى بامرأة تبكى، فقال: ما لك؟ فقالت: رجل ركبنى، وأثنى قومها خيرًا، فقال: لو قتلت هذه لخشيت أن أدخل النار، وعنه: أنه سأل أخرى، فقال: لعلك استكرهت، فقالت: نعم، وأنا نائمة، فتركها، ولقوله - عليه السلام - «اذرأوا الحدود بالشبهات»، ولأن الغالب عدم الزنى، فيحمل على الغالب.

والجواب عن الأول: أن المفهوم معارض بظاهر الحال.

وعن الثانى: منع الصحة.

وعن الثالث: أنه حجة لنا فى أن ظاهر الحال يقضى طلب الدفع له، ولعلها كانت مستغنية.

وعن الرابع: أنا نمع أن ههنا شبهة؛ بل ظاهر الحال يقتضى الزنى.

وعن الخامس: أن البيئة لو شهدت بالوطء وهما يدعيان الزوجية: حدا، ولم ينفعهما ذلك، مع أنه الغالب.

ووافقنا الأئمة على أن الرجوع عن الإقرار يسقط الحد، وعنه إن رجع إلى غير شبهة روايتان؛ لأن ماعزًا طلب وهو يرجع الرجوع للنبي - عليه السلام - فلم يمكن، فقال رسول الله ﷺ: «هَلَا تَرَكَتُمُوهُ يُتُوبُ، فَيُتُوبَ اللَّهُ عَلَيْهِ»، ولا معنى لذلك إلا قبول رجوع.

ووافقنا (ش) على أن الإقرار يكفى منه مرة.

وقال (ح)، وأحمد: لا بد من أربع، واشترط (ح) أن يغيب عن المجلس فى كل

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٨٢٢/٢) كتاب الحدود: باب ما جاء فى الرجم (٦)، والبخارى

(١٢/١٧٩) كتاب الحدود: باب إذا رمى امرأته أو امرأة غيره بالزنى (٦٨٤٢ - ٦٨٤٣)،

ومسلم (٣/١٣٢٤-١٣٢٥) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (٢٥/١٦٩٧-١٦٩٨)

من حديث أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى.

مرة.

لنا: قوله - عليه السلام - : «فَإِنْ اعْتَرَفْتَ فَأَرْجُمُهَا»، ولم يقل: أربعاً؛ بل اكتفى بأصل الاعتراف، ورجم الجهنية، وإنما اعترفت مرة، وقول عمر المتقدم، ولم يشترط التكرار، وكسائر الحقوق.

احتجوا بما في الصحيحين: أن رجلاً من الأسلميين أتى رسول الله ﷺ، وهو في المسجد، فقال: يا رسول الله، إنى زنيت، فأعرض عنه فتتحي تلقاء وجهه، فقال: يا رسول الله إنى زنيت، فأعرض عنه حتى فعل ذلك أربع مرات، فدعا به - عليه السلام -، فقال: أهلك جنون، قال: لا، قال: فهل أحصنت؟ فقال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: ارجموه. ولو وجب بمرة لم يعرض عنه لتعين [الحد]^(١).

وفى أبى داود: قال له - عليه السلام - : إنك قد زنيت أربع مرات [فيمن] قال: نعم، قال: ويمن قال: بفلاتة^(٢)، وهذا التعليل دليل على أنها المعبرة - وروى أن الصديق - رضى الله عنه - قال له: إن اعترفت الرابعة، رجمك رسول الله ﷺ فلولا أنه حكم معلوم لم يخبر عليه الصديق رضى الله عنه.

والجواب عن الأول: أنه أعرض عنه لتوهم أنه مجنون، ولذلك سأل عن الجنون، وكانت قرائن أحواله تقتضى ذلك؛ جمعاً بين الأحاديث، وقوله فى التعليل معناه: أن وصولها إلى هذه الغاية أضعف الرية، وهو معنى قول الصديق - رضى الله عنه - ؛ لأنه رآه قد قارب أمره الجلاء.

وعن الثانى: أنه لو لحق بالشهادة لأشترط العدالة، والحرية، وغير ذلك، وهو باطل إجماعاً.

وعن الثالث: أن الملاعن يسقط عن نفسه حداً ويوجهه على غيره، فاحتاج إلى قوة السبب.

التاسع: فى الكتاب: إذا قالت بعد الشهادة: أنا بكر أو رتقاء، ونظرها النساء،

(١) سقط فى أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٣٢٠/٣) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٩/١٦٩٣)، وأبو داود (٥٥٢/٢) كتاب الحدود باب رجم ما عز بن مالك (٤٤٢٥) و (٤٤٢٦) و (٤٤٢٧). وله شاهد من حديث أبى هريرة: أخرجه البخارى (٦٨٢٥)، ومسلم (١٦/١٦٩١).

فصدقنها: حدث؛ لأن زوج البكر إذا أقر بالوطء بعد إرخاء الستر، وادعته وشهد النساء بالبكارة: صدقت، ولا يكشف الحرائر على مثل هذا. قال [ابن يونس]^(١): لأن شهادة النساء لا تدفع الحد، وتؤخر خوف هلاك الحمل.

قال اللخمي: أرى ألا تحد؛ لأن شهادة النساء شبهة، ولأن شهادتهن توقف شهادة الرجال، فقد قال ابن القاسم أن شهادة رجل، وامرأتين تعدل شهادة رجلين في الأموال، وينبغي أن ينظرها من النساء جماعة يحصل بقولهن العلم، فلو قالت: أنا أنكشف لأربعة رجال: لأجبت؛ لأنها ضرورة لدفع القتل، فهو أولى من الطبيب والشهادة.

العاشر: في الكتاب: إذا ثبت زناها بعد أربعة أشهر، والزواج غائب منذ أربعة، ورجمت بعد الوضع، فقدم الزوج، وادعى الاستبراء، وكانت قالت قبل الرجم: ليس الولد منه وقد استبرأني - أينفى بغير لعان كما لو ظهر بالمرأة حمل قبل البناء، فصدقته على نفه، وعلى عدم الوطء؟ ولو لم تصدقه قبل الرجم: فلا بد من اللعان. الحادي عشر: في كتاب القذف: لا يحد الشريك في الأمة، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، ولشريكه التقويم عليه، ولا صداق لها، ولا ما نقصها؛ لأن القيمة وجبت له، فتركها، وتمسك بنصيبه ناقصاً، وإن حملت وهو ما قومت عليه يوم الحمل، ولا شيء عليه من قيمة ولده، وتكون له أم ولد، أو معسراً: خير شريكه، فإن تماسك اتبعه بنصف قيمة الولد، وتبعه بنصف قيمتها يوم حملت، وتباع في نصيب شريكه إن احتيج إليه، ويتبعه بنصف قيمة الولد، وإن نقص من نصف قيمتها يوم الحمل: اتبعه بالنقصان مع نصف قيمة الولد، فإن مات قبل الحكم: فنصف قيمتها مع نصف قيمة الولد.

قال ابن يونس: يعاقب الواطئ مائة، قاله أبو الزناد، ولا يرد على ابن القاسم إذا أفسد الثوب فساداً كثيراً: أنه يخير في التمسك، ويغرمه النقص، أو يضمه القيمة؛ لأن له فيه خلافاً - وجوابه في الأمة على القول الآخر -، وفي يوم التقويم ثلاثة أقوال: يوم الحمل - يوم الوطأ - يوم الحكم، بناء على التفويت، أو سببه، ولأنها

(١) سقط في أ.

مسألة خلاف - والفرق بينها، وبين المعتقد يقوم عليه يوم الحكم مع أن الحمل يؤدي للعتق: أن الواطئ متعد، فاعتبر يوم العدوان.

قال سحنون: لا شيء له في الإعسار في قيمة الولد إذا اختار قيمتها؛ لأن الولد متأخر عن القيمة تقديرًا، فلا يستحق الشريك فيه شيئًا.

قال ابن القاسم أيضًا: ويعتق عليه النصف الذي بقي له بيده؛ لعدم انتفاعه به، والنصف الآخر رقيقًا لمن اشتراه وقيل: لا يعتق، فلعله يملك باقيها، فيحل له وطؤها، وقاله ابن القاسم - أيضًا - ومالك، ومحمد، فإن أعتق أحد الشريكين حصته مليًا، فوطئها الآخر قبل التقويم: لم يحد؛ لأن حصته في ضمانه، ولا صداق عليه إن طأعته، ولا ما نقصها، وإن أكرهها: فنصف نقصها بلا صداق، قاله مالك، فإن أعتق جميعها: قال ابن القاسم: ليس لشريكه عتق حصته، لتقدم عتق غيره.

وقال بقية الرواة: له ذلك؛ لأنه ملكه، فإن وطئها الآخر بعد علمه: حد إن لم يعذر بجهل.

قاله ابن القاسم؛ لأنه وطئ حرة.

وقال ابن القاسم: لا يحد، ويلزم ابن القاسم أن عليه القيمة يوم العتق، ويلزم تركته، ولم يقله.

فإن كان المعتقد لجميعها معسرًا: لم يحد ابن القاسم.

فإن كان مليًا، ولم يطالب حتى أعدم، وقد علم الآخر به، فتركه مع القدرة على القيام ومضى العتق، واتبع بها دينًا، وإن كان غائبًا، ولم يعلم بالعتق: فهو على حقه، قاله ابن القاسم، وهو خلاف أصله في هذه المسألة؛ بل يلزمه عدم الفرق بين الحضور والغيبة؛ لأنها عتقت كلها لما كان مليًا.

الثاني عشر: قال ابن يونس: إن طلق قبل البناء، والوطء، وقال ظننت ألا تبين إلا بالثلاث: فلا يحد، ولها صداق واحد إذا عذر بالجهالة، وكذلك المطلق ثلاثًا، ويطأ في العدة، ولا صداق، أو أم ولده بعد العتق إن عذر بالجهالة، إذا قال: ظننت الحل، وإلا حد، أو وطئ أم ولده بعد الردة، وهو يعلم أنها حرام لشبهة الملك - أو وطئ مجوسية بالملك عالمًا بالتحريم بخلاف لو تزوجها عالمًا بالتحريم؛ لعدم الشبهة، إلا أن يعذر بجهله.

قال محمد: إن وطئ من ذوات محارمه من لا تعتق عليه، كالخالة: لا يحد - أو تعتق عليه: حد، كالبنات، ولا يلحق به الولد؛ لضعف الشبهة لعتقهن بالشراء، إلا أن يعذر بجهالة، فلا يحد، ويلحق به الولد - ولا يحد الأب بوطء أمة ابنه؛ لقوله - عليه السلام - أَنْتَ وَمَالُكَ لِإِيَّكَ^(١). ويغرم قيمتها - حملت أم لا - ؛ لأنه حرم وطأها على الابن - فإن أعسر: بيعت عليه بعد الاستبراء إن لم تحمل، فإن نقص ثمنها عن القيمة: اتبع بالتمام، وإن فضل: فلأب - وكذلك الجد لأب، أو لأم، قاله ابن القاسم -، وخالفه أشهب فحدهما لنقص رتبتهما عن الأب في النفقة وغيرها.

ومن أحلت له جارية: ردت إلا أن يطأها فلا يحد للشبهة، كان جاهلاً أو عالمًا، وتلزمه قيمتها يوم حملت أم لا - ولا يتمسك بها ربها بعد الوطء، وإن لم تحمل بخلاف الشريك؛ لأن الشريك متعدٍ - فإن تماسك: صح ما يخشى من عارية الزوج - ولا يؤمن أن يحلها ثانية - فإن كان عديمًا وقد حملت: فالقيمة في ذمته، وإن لم تحمل: بيعت عليه، وله الفضل، وعليه النقص - قاله ابن القاسم.

قال الأبهري: وهذا كله إذا جهل التحريم، وإلا حد - ولا يلحق به الولد؛ لعدم الملك والنكاح، وجهله التحريم، وهو خلاف المدونة. الثالث عشر: قال الطرطوشي: يرمم اللائط الفاعل، والمفعول، أحصنا أم لا، عبيد أو كافرين.

وقال أشهب: يحد العبد خمسين، ويؤدب الكافر، وإن وطئ أجنبية في المحل المكروه: ففي المدونة: هو زنى يرمم المحصن، ويجلد غيره، ويضرب الرجل. وقال القاضي أبو محمد: حكم ذلك حكم اللواط. وقال كثير من العلماء: الشهادة على اللواط كالزنى: أربعة. وقال (ش)، وأحمد في الجديد: اللواط كالزنى: يرمم المحصن، ويجلد غيره. وقال (ح): إنما فيه التعذير، إلا أن يتكرر فيقتل. لنا: قوله ﷺ في أبي داود «أَقْتُلُوا الْفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ أَحْصِنَا أَوْ لَمْ يُحْصِنَا»^(٢).

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٩/٢) كتاب البيوع: باب في الرجل يأكل مال ولده (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٧٦٩/٢) كتاب التجارات: باب مال الرجل من مال ولده (٢٢٩٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٨/٤) كتاب الحدود: باب فيمن عمل عمل قوم لوط (٤٤٦٢)، =

واستشار فيه الصديق الصحابة، فأشاروا بالقتل، وكان أشدهم على، فأنتى فيه بالحرق فكتب الصديق لخالد بالحرق، ولأن الرجم هو العقوبة الواقعة بقوم لوط. وقال ابن وهب: لا أرى حرقه إلا بعد أن يقتله، ولأنه نوع من الفساد فى الأرض، وسعى فى سد باب النسل، فيجب به القتل، كالحاربة.

احتج (ش) بأنه إيلاج فى فرج آدمى يحرم، فيكون زنى كالقبل. جوابه: إن هذا أفحش؛ لأنه سد باب النسل، وقد جعل الله - تعالى - للزنى سيلاً بالنكاح، ولم يجعل للواط سيلاً، فكان أقبح.

احتج (ح) بأنه لا يتعلق به إحصان، ولا إحلال، فلا يوجب الحد، كالإيلاج فى الفم وغيره - والجواب: لأنه معارض بأنه يتعلق به الغسل والمهر عندنا، وأما الإحلال، والإحصان: فمناطهما كمال الوطء، ولم يوجد.

قال ابن يونس: قال ابن القاسم: ولا صداق على الفاعل فى طوع ولا إكراه، ويرجم المفعول به إن أكد، ويرجم الفاعل.

الرابع عشر: قال ابن يونس: المرأة تأتى المرأة.

قال ابن القاسم: ذلك لاجتهاد الإمام بحسب شئنة ذلك وخفته، وعنه: تجلidan خمسين خمسين^(١)، ونحوهما، وعليهما الغسل إن أنزلتا.

قاعدة^(٢) فى التنبهات: الدائرة للحد ثلاثة: - فى الفاعل كاعتقاد الحل - كمن وطئ أجنبية يظنها امرأته - وفى المفعول - نحو: كون الأمة مشتركة - وفى الطريق: كالنكاح المختلف فيه - كالزواج بلا ولي، أو شهود إذا استفاض، قاله فى الجواهر.

قال: واختلف فى درء الحد فى نكاح المتعة والمذهب الدرء، وليس كل الخلاف دارئاً؛ بل الضعيف لا يدرأ ولم يصح ما روى: ادراًوا الحدود بالشبهات - فيعتمد

= والترمذى (٤٧/٤) كتاب الحدود: باب ما جاء فى حد اللوطى (١٤٥٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٥٦) كتاب الحدود: باب من عمل عمل قوم لوط (٢٥٦١)، والبيهقى (٢٣٢/٨)، كتاب الحدود: باب ما جاء فى حد اللوطى. والحاكم فى المستدرک (٣٥٥/٤) وصححه، وأقره الذهبى.

(١) فى أ: ستين.

(٢) سقط فى ط.

على أن صور الشبهات قاصرة عن موطن الإجماع فلا يلحق به .
الخامس عشر: فى الجواهر: إن استأجرها للزنى لم يدرأ عنه عقد الإجارة الحد - وقاله (ش)، وأسقط (ح) الحد عنهما، ونقض أصله بما لو استأجرها للطبخ، أو الخياطة، ونحوه من الأعمال: يحد - وفرق بأن النكاح ينعقد بلفظ الإجارة، وقوله بعد ذلك: لأزنى بك: لغو، كما لو صرحا بلفظ النكاح، ثم قال: لأزنى بك: فهو فساد لا يثبت مع الحد.

لنا: قوله - تعالى - ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي﴾ الآية [النور: ١] وقوله - تعالى - ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيْنَكُمْ عَلَى الْإِغْلَاءِ﴾ [النور: ٣٣] وهو بعوض؛ لقوله - تعالى - فى آخر الآية ﴿لِيَبْتِغُوا عَرَضَ الْحَيَوةِ الدُّنْيَا﴾ [النور: ٣٣].

وقد قال (ح): إذا قال له: زنيت بدابة: لا يكون قاذفاً - أو بثوب: فقاذف؛ لأن التقدير: مكنت دابة من نفسك، وأخذت عوض الزنى ثوباً، ولأنه وطء مجمع على تحريمه، لا ملك فيه، ولا شبهة ملك، والواطئ عالم بتحريمه، فأشبهه صور الإجماع، وقياساً على إيجارها للخدمة، فإنه إذا حد فى الإجارة الصحيحة: فأولى فى الفاسدة - ولو سقط بها العقد لسقط بالمعاطاة التى ينعقد بها البيع والإجارة على الخلاف - والخلاف شبهة - فإن التزموا هذا: فالزنى فى الغالب لا يقع ^(١) إلا فى معاطاة - احتجوا بحديث مرغوس المتقدم، والقياس على النكاح الفاسد.

والجواب عن الأول: أن تلك الجارية عذرها عمر - رضى الله عنه - بالجهالة بتحريم الزنى، ومسألتنا ليست كذلك.

وعن الثانى: أن النكاح الفاسد لا بد أن يختلف فى أصل جوازه، وهذا متفق على تحريمه.

السادس عشر: فى الجواهر: إذا باع امرأته من الجوع، وأقرت له بالرق: فوطئها المبتاع: قال ابن القاسم: لا تحد، وتعذر بالجوع.

وقال ابن وهب: إن طأوعته وأقرت أنه أصابها طائعة: حدث.

نظائر: قال: تسع نسوة لا يحد واطئنهن: الأمة المشركة - والمحللة - وجارية الابن - وجارية الأب - وأجداد الآباء والأمهات كالوالد - والأمة ذات المحرم

(١) فى أ: يقطع.

كالعمة والخالة - وذات محرم من الرضاعة، ومن كان عالمًا بالتحريم عزر -
والجارية تخدم رجلًا يطؤها - والمتزوجة على عمتها، أو خالتها، أو في عدتها،
ويطؤها في عدتها.

نظائر: قال صاحب الخصال: خمس نسوة لا يقام الحد عليهن - المكروهة،
والنائمة - والمجنونة - والصبية التي لم تبلغ - وموطوءة الصبي الذي لم يبلغ -
ومتى قال لواحدة منهن: يا زانية: حد، للقف، ويحد واطئهن، وعليه الصداق،
إلا الصبي لا يحد.

قاعدة: كلما سقط الحد لحق النسب، ومن يحد لا يلحق به النسب.
قال عبد الحق: إلا في ست مسائل: - يشترها، ويقر أنه أولدها عالمًا بحريتها -
أو ممن تعتق عليه - أو يتزوجها، ويقر أنه أولدها عالمًا بأنها ذات محرم بنسب أو
رضاع، أو صهارة - أو يشتري إحداها بخيار، ويقول: أولدت هذه منهما بعد
اختيار الأخرى، وترك هذه - أو يقول: أولدت المرأة عالمًا بأن لي أربعًا سواها - أو
يقول: اشتريتها، والسيد منكر، ولا بينة، فيحد هو والجارية إن أقام السيد على
إنكاره.

النظر الثاني: في الموجب.

وفي الجواهر: هو الرجم، والجلد، والنظر في الرجم، وشرطه، وهو الإحصان
- والجلد مائة وما يضاف إليه - وهو التغريب، فهذه أربعة أطراف:
الطرف الأول: في الإحصان.

وفي الجواهر: خمس خصال: التكليف، والحرية، والإسلام، والتزويج
الصحيح، والوطء المباح، وفي الحقيقة: ثلاثة: الحرية، والتزويج، والوطء،
وغيرها معتبر في أصل الزنى، ولم يشترط عبد الملك إباحة الوطء؛ بل يحصن وطء
الحائض من زوجها، ولا يحصن وطء الشبهة في النكاح الفاسد، ويشترط الإصابة
بعد الحرية، ولا يشترط حصوله في الوطنين، بل إن أحصن أحدهما: رجم، وجلد
الآخر.

فائدة: أصل هذه اللفظة: المنع، ومنه: الحصن للبناء؛ لأنه يمنع من فيه من
العدو، فالتكليف وازع يمنع من تعاطى المحرمات، والحرية تجعل النفس أبية تمتنع
من القاذورات، والإسلام يمنع الإقدام على المنهيات، والتزويج يكمل النعمة،

فيصير من ذوى الرتب العليات ويعظم عليها المؤاخذات.

والإجماع فى التكليف - والوطء - ، وأما الحرية : فلقوله - تعالى - ﴿ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ [النساء: ٢٥] والوطء المباح ؛ لأنه الغالب ، فيحمل اللفظ عليه ؛ لأنه النعمة الكاملة - ووافقنا (ح) على الإسلام ؛ خلافاً للشافعى ، وأحمد [لنا : قوله - عليه السلام - : « لا إحصان مع الشرك »^(١) ، والقياس على القذف]^(٢) . بجامع تكامل النعمة ، وهو موجب لزيادة العقوبة بشهادة قوله - تعالى - ﴿ يَا نِسَاءَ النَّبِيِّ لَسْتُنَّ كَأَحَدٍ مِنَ النِّسَاءِ إِنْ اتَّقَيْتُنَّ ﴾ . . . إلى قوله - تعالى - ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾ [الأحزاب: ٣٠] ، وقوله - تعالى - ﴿ إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ ﴾ [الإسراء: ٧٥] ، وقوله - تعالى - ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ثُمَّ لَقَطْنَا مِنْهُ الْوَلِيَّ ﴾ [الحاقة: ٤٥ ، ٤٦] فجعل - تعالى - مؤاخذته ومؤاخذة أزواجه أعظم المؤاخذات ؛ لأنهم أكمل من غيرهم ولأنها العادة أن مناقشة خواص الملك أعظم . احتجوا بما فى الصحاح^(٣) : جاءت اليهود إلى رسول الله ﷺ فذكروا : أن رجلاً وامرأة منهم زنيا - فقال رسول الله ﷺ : ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم ؟ فقالوا : نفضحهم ، ويجلدون ، فقال عبد الله بن سلام : كذبتم ، إن فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة ، فنشروها ، فوضع أحدهم يده على آية الرجم ، ثم قرأ ما قبلها وما بعدها - فقال له عبد الله بن سلام : ارفع يدك ، فرفع يده ، فإذا فيها آية الرجم ، فقالوا : صدقت [يا محمد] ، إن فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما ، وفى البخارى : وكانا قد أحصنا - ورسول الله ﷺ لا يحكم بغير شرعه ، ولأن الكافر يعتقد دينه أتم الأديان ، وأكمل النعم ، فيؤاخذ بذلك فى العقوبة ، ولأن غيره من الشروط إذا عدم ، خلفه ضده فى عدم المنع ؛ لأن المجنون والصبى لا يمتنعان ، والريق أجر على الزنى - وعدم الوطء يبعث على الزنى ليقف على حقيقته ، أما عدم

(١) بلفظ «من أشرك بالله فليس بمحصن» : أخرجه الدارقطنى (١٤٧/٣) (١٩٩) ، والبيهقى (٨/ ٢١٦) كلاهما موقوفاً ومرفوعاً ، والصواب الموقوف .

(٢) سقط فى أ .

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٨١٩/٢) كتاب الحدود : باب ما جاء فى الرجم (١) ، والبخارى (١٧٢/١٢) كتاب الحدود : باب أحكام أهل الذمة وإحصانهم إذا زنوا (٦٨٤١) ، ومسلم (١٣٢٦/٣) كتاب الحدود : باب رجم اليهود (٢٦-١٦٩٩) .

الإسلام فلا؛ لأن الكافر يتمتع من الزنى كالمسلم، ولأن الفرق بينه وبين القذف: أن الوطء لا يعتبر في القذف، ويعتبر في الرجم - ويعتبر فيه العفاف دون الرجم - ولا يعتبر فيه إحصان المحدث؛ لأن الذمى يحد في القذف - فهو حجة لنا - لعموم قوله عليه السلام: «التَّيْبُ بِالتَّيْبِ رَجْمٌ بِالْحِجَارَةِ»^(١) - أو سبب للقتل على المسلم فيكون سبباً في حق الكافر كالقصاص.

والجواب عن الأول: أن الحديث صحيح، إلا تلك الزيادة «وهما محصنان» وإنما رجمهما بوحى يخص أولئك، لوجوه: أحدها: أنه - عليه السلام - لا يليق، به ولا بمن له أدنى دين، أن يتصرف في الزنى بغير أمر الله تعالى .

وثانيها: أن هذه القصة وقعت أول نزوله - عليه السلام - المدينة ولم يكن حد الزنا نزل بعد، ولذلك روى ابن عمر مفسراً قال: وكان حد المسلمين يومئذ الجلد. وثالثها: قوله - تعالى -: ﴿وَأَن أَعْلَمُ بَيْنَهُم مِّمَّا أُنزِلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]، وهذا يقتضى: أنه إنما حكم بوحى يخصهم.

ورابعها: أنه روى في الخبر: أنه رجمهما بشهادة الكفار، وأنتم لا تقولون به - ولأنه - عليه السلام - لم يسأل عن شرائط إحصانها.

تنبيه: الحديث يشكل عليه مذهبنا، ومذهب المخالف - أما مذهبنا: فلأننا ندعى وحياً وتخصيصاً بهذين الشخصين بغير دليل، مع أن الظاهر اقتضى الاعتماد على التوراة - لا سيما إذا جمعت طرق الحديث، وأما مذهبهم: فإن التوراة محرقة، وإخبار عبد الله بن سلام وغيره، إنما يفيد: أنه رأى ذلك في التوراة؛ لأنه يرويها عن الصدور، بل الرواية [متعذرة] في كتب الإسرائيليين؛ لطول الزمان، وكثرة اللعب، والإهمال، والاعتماد على مثل هذا باطل إجماعاً - وشرع من قبلنا، إنما يكون شرعاً لنا إذا ثبت أنه شرع من قبلنا بوحى ثابت، أو رواية صحيحة، ولا يمكن أن نقول أن حد المسلمين يومئذ الرجم؛ لأنه لو كان كذلك لما سألهم - عليه السلام - عن التوراة [ولما حكم بغير شريعته]^(٢). ولا فحوص؛ لأنه نهانا عن ذلك، وقال: «لَا تُصَدِّقُوهُمْ، وَلَا تَكْذِبُوهُمْ، وَقُولُوا: آمَنَّا بِاللَّهِ»^(٣) بل مفهوم القرآن في قوله - تعالى

(١) أخرجه مسلم (١٦٩٠)، وأبو داود (٤٤١٥)، والشافعي (٧٦/٢)، والبيهقي (٢١٠/٨).

(٢) سقط في ط.

(٣) أخرجه أبو داود (٣١٨/٣) كتاب العلم: باب رواية حديث أهل الكتاب (٢٦٤٤)، وأحمد

- ﴿وَإِنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ يَمَّا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] يأبى ذلك، وقوله - تعالى - ﴿وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾. [المائدة: ٤٥]

وفى المنتقى: يحتمل أن يكون أوحى إليه بصحة هذا من التوراة، أو علم ذلك عند عبد الله بن سلام، وغيره على وجه يوجب العلم، أو شرع من قبلنا شرع لنا، وقد نبهت على ضعف الوجوه الأخيرة.

قال: قال مالك: لم يكونوا أهل ذمة.

وعن الثاني: أنه لا عبرة باعتقاده بأنه نقمة أخرى لا نعمة؛ لأن الكافر لو قذف كافرًا لا يحد، وإن اعتقد أن المقدوف محصن.

وعن الثالث: أنه يبطل شهادته فإنه يعتقد تحريم الكذب، ولا تقبل شهادته.

وعن الرابع: أن العفة عن الزنى لا تبقى مع القذف، فاعتبرت، وفى الإسلام: هما سواء يبقى معها، فاعتبرت فيهما.

والجواب عن الخامس: أنه يخصصه بما ذكرنا من الأدلة.

وعن السادس: أن القصاص لا يعتبر فيه بخلاف ههنا.

فرع: فى المنتقى: لا يحكم أحدنا اليوم بحكم التوراة.

وقال أشهب: إذا طلب أهل الذمة الرجم - وهو دينهم - فلهم ذلك، إلا من كان رقيقًا لمسلم، فليس لهم فيه رجم، ولا جلد، ولا قتل؛ لتعلق حق المسلم. وقوله: فأمر رسول الله ﷺ بهما فرجما - يدل على أن الإمام [لا] (١) يلزمه مباشرة الحدود، وقاله مالك و (ش).

وقال (ح): فى الاعتراف يلزمه الافتداء بالرجم، ثم يتبعه الناس بخلاف البيئة.

لنا: القياس على السرقة، ويدل الحديث - بقوله: فلقد رأيت الرجل يحنى على

المرأة يقيها الحجارة: أن المرجوم لا يحفر له، قاله مالك، و (ح).

وقال (ش): يحفر للمرأة ولو حفر لم يكن منحنياً عليها.

قال ابن دينار [و] يفعل الإمام من ذلك ما يراه.

وقال أصبغ: يحفر للمرجوم، وترسل له يده يدرأ بهما عن وجهه، إن أحب.

وفى الكتاب: إذا زنى الكافر لم يحد، ورد إلى أهل دينه، فإن أعلنوا الزنى،

= فى المسند (١٣٦/٤)، وموارد الظمان (١١٠).

(١) سقط فى ط.

وشرب الخمر نكلوا.

قال ابن يونس: لأن الحد تطهير للكافر، وهو ليس من أهله بخلاف القذف، والسرقة، والحراة؛ لأنه من باب التظالم حق للذمي فيقام عليه - وإن أسلم. فرع: في الكتاب: يقبل قوله: أنا بكر، ويجلد - ولا يقبل في الإحصان النساء كان معهن رجل أم لا؛ لأنه حكم بدني.

فرع: قال: إذا طال مكثه بعد الدخول، فشهد عليه بالزنا، فأنكر الإصابة: لم يرجم إلا بإقرار، أو ظهور ولد، لعظم حرمة الدم، بخلاف الصداق. في النكت: قال: [في] النكاح الثابت إذا أخذت تزني بعد إقامتها مع زوجها عشرين سنة: تحدد.

اختلف الجواب؛ لأن الزوج مقر بالوطء، أو يحتمل أن الطول فيها أكثر، أو اختلاف قول، كما قاله يحيى بن عمر، أو يفرق بأن العادة في طول المدة إذا لم يحصل وطء - تطالب المرأة به، فلما لم يكن ذلك: دل على حصوله - وليس عادة الزوج إظهار الوطء -، قاله بعضهم، وليس بشيء -، بل الفرق ينعكس في الزوج إذا كان هو الزاني، يقال تركها القيام دليل الوطء.

قال ابن يونس: قال محمد -: إذا اختلفا في الوطء بعد الزنى: لم يقبل قول الزاني منهما، ورجم، ولو لم يكن خلا بها إلا ليلة، أو أقل، وإن اختلفا قبل الزنا: لم يكن المقر محصناً، ولو أقام معها الدهر، وقاله ابن القاسم، والفرق بين قبل وبعد: أن الزوجة تقول قبل: إنما أقررت لتكميل الصداق، ويقول الزوج: إنما أقررت لتكون لي الرجعة والمقر بعد منهما أوجب على نفسه، ولا عذر له، فيكون الآخر مثله، إذ لا يكون الواطئ محصناً دون الموطوء ولا يسقط إنكاره حدًا وجب.

قال اللخمي: لا يكون محصناً بالعقد، ولا بالدخول فيما يفسخ بعد الدخول، فإن كان مما يثبت بعد الدخول: كان به محصناً بما بعد بأول الملاقاة، فإن صح العقد، وفسدت الملاقاة: لم يحصن عند ابن القاسم، ولا يحد؛ خلافاً لعبد الملك فيهما؛ لأن إطلاقات صاحب الشرع تحمل على المشروع؛ لأنه عرفه، وعند ابن دينار: يحصن ولا يحل، قال: ولو عكس لكان أشبه؛ لأن الحد يدرأ بالشبهة، ومتى تصادقا في الإصابة قبل الزنى: فمحصنان، أو على نفيه: فبكران وإن اختلفا: حد المنكر، واختلف في المقر فقيل: يرجم إلا أن يرجع قبل الجلد، فإن اختلف

بعد الزنى : فثلاثة أقوال :

قال عبد الملك : لا يقبل قول المنكر، ويرجمان، وهو قول أصحابنا.

وقال ابن القاسم : يصدق الزوج.

والقول الثالث : ما تقدم ذكره فى كتاب النكاح فيما تقدمت حكايته فى الثلاث، وإذا غاب أحدهما، أو مات قبل أن يسمع منه إقرار، أو إنكار، ثم أخذ الآخر يزنى : فالجواب كما تقدم فى الحاضر الذى لم يسمع منه شيء.

فى المقدمات : إذا خالفها وأقر بالوطء قبل الزنى، أو بعده : فمحصنان وإن أنكره بعد الزنى، ولم يقرأ قبله : فثلاثة أقوال : لا يصدقان عند ابن وهب، وإن قرب إلينا، وقال جمهور الأصحاب : يصدقان إلا أن يطول الزمان جدًا، ويصدقان وإن طال الزمان وهو ظاهر المدونة فى كتاب الرجم.

والثانى ظاهرها فى النكاح الثابت، وإن أنكرنا قبل الزنى : صدقا اتفاقا.

فرع : قال اللخمي : ومتى كان الزوج وحده غير بالغ : لم يكن واحد منهما محصنًا، وهى غير بالغة وحدها يحصن دونها؛ لأن مقصود الوطء يحصل من الصغيرة له، ولا يحصل للمرأة من الصغير، وإن كان أحدهما عبدًا : يحصن الحر منهما؛ لوجود الحرية والزوجية، وإن كان أحدهما مجنونًا يحصن العاقل خاصة، قاله مالك، وابن القاسم.

وقال أشهب : المعتبر : الزوج إن كان عاقلًا فلا يحصن هو، وهى أيضًا إن زنت فى إفاقتها - أو مجنونًا : لم يتحصنا معًا.

وقال عبد الملك : إن صح العقد منهما، أو من وليهما : تحصنا معًا، وإن كانا مجنونين فى حين البناء إذا وقع الزنى فى الصحة، فإن كان الزوج مسلمًا، وهى نصرانية : يحصن دونها، أو مسلمة دونه : لم يكن إحصانًا لها؛ لأنه إن تزوج وهى مسلمة : كان فاسدًا، أو نصرانية : فهى [غير]^(١) مخاطبة بالفروع.

فى المقدمات : إن وقع الوطء قبل الإسلام، أو الحرية : لم يعتبر، حتى يقع بعدهما، ويعتبر اجتماع الإسلام والحرية، أيهما تقدم، وإذا انفرد [الإسلام] : فهو إحصان، أو الحرية : لم يكن إحصانًا يعتبر، وبهذا تجتمع الآيات، فقوله - تعالى -

(١) سقط فى أ.

﴿أَلَسِ كُؤُوتٌ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّيَنَّ الْمَوْتُ﴾ [النساء: ١٥]، وقوله - تعالى - ﴿وَالَّذِينَ يَأْتِيْنَهَا مِنْكُمْ فَتَادُوْهُمْ قَاتِ تَابًا وَأَصْلَحًا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمْ﴾. [النساء: ١٦] منسوختان إجماعاً بقوله - تعالى - ﴿فَإِذَا أَحْصَيْتُمْ أَنْ تَبْرَأَ يَنْحَسِبُوْا فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] قرئ أحسن وأحصن، بفتح الصاد وكسرهما - فالثاني: معناه تزوجن.

قال القاضي إسماعيل: لتقدم قوله ﴿وَمَنْ فَتَنَتْكُمْ الْمُؤْمِنَاتُ﴾ [النساء: ٢٥] فيقتضى: أن التزويج حال العبودية لا يوجب رجماً ولا جلد مائة، وقوله - تعالى - ﴿نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ أى: الحرائر المسلمات، لا الحرائر المتزوجات؛ لأن حدهن الرجم، وهو لا يتبعض.

نظائر: [أربعة لا يحصن ولا تحصن: الأمة الزوجة للحر، تحصنه ويحصنها، والكتابية، والصبية التى لم تبلغ، ومثلها يوطأ، والمجنونه^(١). الطرف الثانى: الرجم.

فى التنبيهات: للرجم عشرة شروط: البلوغ، والعقل، والإسلام، وعدم الشبهة، ومغيب الحشفة فى قبل أو دبر بين آدميين غير مكرهين، ولا جاهلين، والإحصان والحرية.

وفى الكتاب: لم يعرف مالك أن البينة تبدأ بالرجم، ثم الناس، وفى الإقرار، والحمل يبدأ الإمام؛ بل يأمر كسائر الحدود، ولا يربط المرجوم، ولا يحفر له، ولا للمرأة؛ لما فى الحديث: رأيت الرجل يحنى على المرأة، يقيها الحجارة ولو كان فى حفرة، ما حنى عليها.

قال ابن يونس: يرمى بالحجارة التى يرمى بمثلها، دون الصخور، ويرمى حتى يموت، ومنع الحفر لازم؛ لأن ماعزاً هرب من الحجارة، ولو كان فى حفرة ما فر، ولأن المطلوب نيل الحجارة جميع الجسد.

قال الشيخ أبو إسحاق: يرمى بأكبر حجر يقدر الرامى على حمله، قاله فى الجواهر.

قال اللخمي: يجتنب الصخور؛ لأنها تشوه، والصفاء؛ لأنها تطول، ولا تختص

(١) سقط فى أ.

بالظهر، بل مقابل الظهر، وغيره، ومن السرة إلى فوق - ويجتنب الوجه للشرف، والرجلين، واليدين للتعذيب من غير مقتل، ويجرد أعلى الرجل دون المرأة؛ لأنها عورة.

وفي الموازية: يحفر له، ولها.

قال أشهب: إن حفر له خليت له يده وكذلك المحارب إذا صلب ترسل يده، وقيل: يحفر للمشهود عليه دون المقر؛ لأنه إن تهرب ترك، وقد حفر رسول الله ﷺ للغامدية دون ماعز إلى صدرها^(١)، وأمر البيعة بالتبذنة أحسن؛ لأنه يؤدي للتثبت في الشهادة، ويعذر الإمام في الإقرار عند عبد الملك وسحنون؛ لأنه إذا رجع أخذه بعلمه عندهم.

وعند مالك: إذا رجع لا يؤخذ إلا بالبيعة: شهادة اثنين، أو أربعة على الخلاف - ويستحب بداية الإمام في الحمل؛ لأنها مسألة خلاف إن ادعت أنه بشبهة، ولم تصدق.

فرع: في الكتاب: يغسل المرجوم، ويكفن، ويصلى عليه عند الإمام، ويدفن؛ لأنه مسلم [وينتجر الجناة بعدم صلاة الأئمة]^(٢).

فرع: قال: إذا رجع أحد الأربعة الشهود قبل الحد، أو وجد عبد أو مسخوط: حدوا حد القذف؛ لعدم ثبوت قولهم، فإن رجع جميعهم بعد الرجم: حدوهم بإقرارهم بالقذف، والدية في أموالهم؛ لأنهم سبب قتله، أو رجع واحد حد وحده، وإن علم بعد الحد أن أحدهم عبد: حدوا، أو مسخوط: لم يحدوا؛ ولأن شهادتهم تمت باجتهاد الإمام في عدالتهم، بخلاف العبد فإنه من خطأ^(٣) الإمام، وإن لم يعلم الشهود: فالدية على عاقلة الإمام لتفريطه أو علموا: فعلى الشهود في أموالهم؛ لأنه في معنى العمد، فلا تحمله العاقلة، ولا شيء على العبد في الوجهين، وما أخطأ به الإمام من حد الله فبلغ ثلث الدية فأكثر: فعلى عاقلته، أو دون الثلث: ففي ماله،

(١) أخرجه مسلم (١٣٢٣/٣) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٥/٢٣) من حديث بريدة، بلفظ: (ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها) وفي الباب عن أبي هريرة، وابن عباس، وأبي سعيد الخدري.

(٢) في ط: وليد قدر الإمام بعد صلاة الأئمة.

(٣) في أ: حظ.

وإن وجد بعد الرجم مجبوباً: لم يحد الشهود؛ لأنه لا يحد قاذف المجبوب وعليهم الدية في مالهم، والأدب، وطول السجن.

من النكت: إن رجع أحد خمسة، فأكثر: لا شيء على الراجع؛ لثبوت الحد بالنصاب، فإن رجع أحد الأربعة: غرم هو والأول ربع الدية بينهما نصفين، فإن رجع قبل أحد الأربعة جماعة: فذلك بينهم بالسواء مع الرابع، فإن رجع آخر: فعليه، وعلى من رجع قبله نصف الدية بينهم بالسواء، وعلى هذا، وعن ابن القاسم: أن على الراجع الزائد على الأربعة الحد؛ لإقراره أن الشاهدين معه مبطلون قذفة، وإنما لا يحد قاذف المجبوب إذا جب قبل الاحتلام، وكذلك الشهود؛ لأنهم يقولون: رأيناه يزني قبل جبه، ولو قالوا: بعد جبه: لم يحدوا؛ لأنه هذيان، فيفترق الحال فيهم، وقيل: المسألتان سواء وليس بصحيح.

قال ابن يونس إن قالت البيعة: تعمدنا شهادة الزور حتى قتل: لا يقتلون.

قاله ابن القاسم؛ لأن غيرهم المباشر، وكذلك القطع والقصاص.

وعن الحسن بن إبراهيم: يقتلون، وإن علم بعد الحد أن أحدهم نصراني، أو أعمى، أو ولد زنا: حد الشهود أجمع: الأحرار والنصراني ثمانين، والعبد أربعين. وإن وجد أحدهما بعد القصاص في اليد عبداً، أو ممن لا تجوز شهادتهم: لم يكن على متولى القطع شيء؛ لأنه من خطأ الإمام - فإن ظهر قبل رجم المرأة: أن أحدهم زوجها: جلد الثلاثة، ولاعن الزوج، فإن لم يلتعن جلد؛ لأن الزوج خصم لا تقبل شهادته، فإن علم ذلك بعد رجمها لاعن الزوج، فإن نكل: حد دون الثلاثة لاعن أم لا، إلا أن يعلم أنه تعمد الزور، ليقتلها وهو يعلم أن شهادتهم كذب، فلا يرث، ويحد ويصدق أنه لم يتعمد الزور، [وإنما لم]^(١) تحد البيعة لاعن أم لا؛ لأن الشهادة قد تمت، والزوج كالمسخوط، وكالراجع منهم بعد الرجم.

وعن أصبغ: إن التعن بعد الرجم: لم يحدوا، وإلا حدوا، والأول لابن القاسم. قال ابن القاسم: وليس على الزوج من ديتها شيء ولا على الشهود، ولا على الإمام؛ لأنه ليس بخطأ صراح، وإن قذفها أحد بعد زنى الزوج: حد ولا ينتظر ملاعنة الزوج.

(١) بياض في أ.

قال محمد: ترجم بذلك إن لم تدفعه باللعان، وإن قذفها بعد موتها: لم يحد؛ لأن لعان الزوج واجب ذلك عليها، ولم يخرج منه.
قال اللخمي: إن رجعت البينة قبل الحد، وبعد الحكم: فثلاثة أقوال.
قال ابن القاسم: يقام الحد، ويغرمون الدية في أموالهم؛ لأن الحكم لا ينقض [وهو في معنى العمد].

وعنه: لا يرجم، لحرمة القتل، وكذلك القطع، وعن أشهب القولان.
وعنه: يقتصر^(١) على أدنى الحدين، فيضرب ويغرب، ولا يقطع في سرقة، ولا قصاص، ويغرم العقل في القصاص؛ لأن الرجوع شبهة، ولأن العاقلة لا تحمل الاعتراف، وإن رجعوا بعد الجلد، والتغريب، واعترفوا بالعمد: فيختلف: هل يضرب كل واحد خمسة وعشرين، على القول بالقصاص في الرجم، أم على القول الآخر، ويزاد في عقوبتهم التغريب، إلا أن يرجعوا قبل أن يغرب، ويضرب كل واحد القذف: ثمانين للقذف؛ لأنهما حقان، ورجوع أحدهم يجرى على الخلاف المتقدم.

قال ابن القاسم: إن رجع بعد الحد: جلد وحده دون الثلاثة، وإليه رجع عن جلد جميعهم، وقيل في ظهور عبد معهم: لا شيء على الحاكم، وعلى الشهود إذا لم يعلموا أنه عبد أو ذمي، أو علموا، وجعلوا رد شهادة العبد، قال: وإن علم العبد وحده أن شهادته لا تجوز: فهي جناية في رقبته، وإن علموا ذلك كلهم: فالدية عليهم أرباعاً؛ لاشتراكهم في تعمد الجناية، قاله أبو مصعب.

وإن وجد مجبواً فالدية على عاقلة الإمام، قاله أشهب، وإن قال: زنيته، وأنت مجبوب: حد عند ابن القاسم؛ لأنه يستتر بقوله: وأنت مجبوب، كقوله: زنيته وأنت نصرانية، أو أنت صغيرة. [أو مستكرهة]

في الكتاب: إن أقر القاضى بتعمد القتل، أو القطع، أو غيره: أقيد منه.
فرع: في النكت لا تمهل المرأة حتى تستبرأ، حتى يكون حملاً ظاهراً، فحيثئذ يؤخر الرجم، إلا أن يكون لها زوج مرسل عليها فتستبرأ لأن طالب النطفة قائم.
الطرف الثالث - الجلد.

(١) سقط في أ.

فى التنبهات: له ثمانية شروط: البلوغ، والعقل، والإسلام، وعدم الشبهة، ومغيب الحشفة فى قبل أو دبر من آدميين من غير إكراه، ولا جهل بالتحريم - وفى الثلاثة الأخيرة اختلاف، وأصله قوله تعالى ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةً﴾ [النور: ٢] وفى الكتاب: يضرب فى الحدود كلها على الظهر، ويجرد الرجل فى الحد والنكال من الثياب، ويقعد، ولا يقام، ولا يمد، وتقعد المرأة، ولا تجرد مما لا يقيها الضرب؛ لأنه السنة^(١) فى الغامدية، وغيرها، وينزع ما يقيها، كاللبد، ونحوه، وأعجب مالك أن تجعل فى قفة للستر، وصفة الجلد فى الحدود والتعزير واحدة لا مبرح ولا خفيف، ولا يجرى فى الحد قضيب ولا شراك، ولا درة، بل السوط ودرة عمر - رضى الله عنه - إنما كانت للتأديب، وكان يجلد بالسوط.

وعليك طاعة الإمام العادل العارف بالسنة فى القتل، والحدود - وإن لم تعلم ذلك إلا من قوله؛ لقوله - تعالى - ﴿وَأُولَى الْأَرْوَاحِ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩] دون الجائر؛ لقوله ﷺ «أطيعوهم ما أطاعوا الله فيكم»^(٢) إلا أن تعلم صحة ذلك، وعدالة البيعة. فى التنبهات: وقع فى الكتاب: أمر الإمام بقطع فى خرابه، بالخاء المعجمة - وهى سرقة الإبل خاصة، والمهملة، وهى الحراة فى كل شيء.

قال اللخمي: يجلد الحر والحره مائة، والعبد ومن فيه علقه رق خمسين؛ لقوله - تعالى - ﴿فَعَلَّيْنِ يَصِفُ مَا عَلَى الْخَصَنِتِّ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] بسوط بين سوطين - لا جديد ولا بال - بضرب بين ضربين، فى زمان بين زمانين، من رجل بين رجلين، لا بالقوى، ولا بالضعيف.

وفى الموطأ^(٣): اعترف رجل بالزنى على عهد رسول الله ﷺ فدعا رسول الله ﷺ بسوط فأتى بسوط مكسور، فقال: فوق هذا، فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته،

(١) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٣٢٧/٨) عن على بن أبى طالب - موقوفاً - بلفظ: (يضرب الرجل قائماً والمرأة قاعدة)، وذكره الحافظ فى الدراية (٩٨/٢)، وزاد نسبه إلى عبد الرزاق، وضعف إسناده.

(٢) أخرجه - بنحوه - مسلم (١٨٣٨)، وأحمد (٦٩/٤) و (٣٨١/٥) و (٤٠٢/٦) و (٤٠٣)، والنسائى (١٥٤/٧)، وابن ماجه (٢٨٦١) من حديث أم الحصين.

(٣) أخرجه مالك فى الموطأ (٨٢٥/٢) حديث (١٢) عن زيد بن أسلم مرسلاً، ومن طريقه: الشافعى فى الأم (٢٠١/٦)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٣٢٦/٨) وله شاهد عند عبد الرزاق فى المصنف (٣٦٩/٧) (١٣٥١٥).

فقال: بين هذين، فأتى بسوط قد ركب به، ولان، فأمر به، فجلد، ولا يضع سوطاً فوق سوط، ويعطى كل عضو حقه، إلا الوجه والفرج.
قال ابن شعبان: ومذهب الكتاب أظهر؛ لقوله - عليه السلام - في الصحيحين^(١) لهلال بن أمية لما قذف زوجته بشريك ابن سحماء: أربعة، وإلا حد في ظهرك، وتجعل المرأة في قفة بها تراب وماء، فإن حبس منها شيء خفى.
قال ابن القاسم: ويجرد في التعزيرات إذا بلغت للحدود، وفي الخفيف: على ثيابه، وفوق رأسه.

فرع: في الكتاب: يجمع عليه بين حد الزنى، والقذف، وشرب الخمر، إلا أن يخاف عليه، ويجتهد في التفريق، وكذلك المريض إذا خيف عليه آخر كما يؤخر السارق للبرد، ويؤخر الجلد للبرد والحر - ويبدأ حد الزنى على غيره؛ لأنه لا عفو فيه، وتؤخر الحامل حتى تضع وتستقل من النفاس وتؤخر المحصنة حتى تضع، وإن لم يجد الولد مرضعة، فهي ترضع؛ لما في الموطأ: أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ، فأخبرته أنها زنت، وهي حامل، فقال ﷺ اذهبي حتى تضعي، فلما وضعت جاءته، فقال لها: اذهبي حتى ترضعيه، فلما أرضعته جاءته، فقال لها - عليه السلام -: اذهبي، فاستودعيه، فاستودعته، ثم جاءت، فأمر بها، فرجمت^(٢).
وإن ادعت الحمل، أو قالت البينة: رأيناها تزنى من ثلاثة أشهر، أو أربعة: نظر إليها النساء: فإن صدقتها: لم يعجل عليها، وإلا فلا؛ وتقدم حدود الله - تعالى - على القصاص، وإن كان فيه فضل أقيم عليه ما للناس، وإن خيف عليه لمرض آخر حتى يبرأ وإن سرق، وزنى، وهو محصن: رجم ولم يقطع؛ لأن القطع يدخل في القتل، وإن أقر أنه زنى بنسوة، أو شهد عليه بذلك، فحد واحد، أو شهد عليه بالزنى، وهو بكر، ثم زنى، وهو محصن: أجزأه الرجم.
وكل حد لله، أو قصاص اجتمع مع قتل: أجزأ القتل، إلا في حد القذف، يقام قبل القتل لحجة المقدوف في عار القذف إن لم يجلد.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٨٢٠) كتاب الحدود: باب ما جاء في الرجم (٥) عن ابن أبي مليكة - مرسلاً. ووصله مسلم عن بريدة (٣/ ١٣٢١-١٣٢٤) كتاب الحدود: باب من اعترف على نفسه بالزنى (١٦٩٥).

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا زنى، وقذف: ضرب أكثر الحدين مائة، وأجزأه.

قال اللخمي: اختلف إذا قذف، وشرب، أو قذف جماعة: هل حد واحد أم لا؟ وإن سرق، وقطع يمين رجل: قطع للسرقة، تقدمت أو تأخرت؛ لأن حق الله - تعالى - لا يدخله العفو، ولو قتل، ثم قتل وليس لأحد الأولياء مال، ولا دية؛ لأنه لو قطع يمينه، ثم ذهب يمين القاطع بأمر من الله - تعالى - لم يكن للمقطوع يده شيء، وإن يمينه من الرسغ، أو سرق وقطع: قطع من الرسغ وسقط يمين المقطوع أو من المرفق، ثم سرق: قطع من المرفق، ودخل فيه القطع للسرقة؛ لأن مقصود قطع السرقة النكال بين الناس، لا الألم بالقطع، وإن سرق، وحارب، ورأى الإمام قطعه في الحراية: دخل قطع السرقة فيها، أو نفيه: أقام عليه الحدين، أو قتله: لم يقطع للسرقة، وإن سرق، وقتل بحراية، أو عداوة: قتل، ولم يقطع وإن زنى، وحارب أجزأ الرجم في الثيب، أو بكرًا: قتل بالسيف إن رأى الإمام قتله للحراية، أو رأى قطعه، أو نفيه: أقام الحدين.

وإن زنى، وقتل: أجزأ الرجم، ولا مقال للأولياء، وإن كان غير محصن: قتل^(١)، ولم يجلد للزنى، وإن قتل في الحراية، وأخذ في العداوة أو غيلة: قتل للحراية والغيلة، ولم يكن للأولياء مقال في عفو ولا دية، وإن زنى المحصن، أو قتل في حراية، أو افتري على رجل: حد للفرية؛ لتندفع المعرفة، ثم قتل، وإن قطع يمين رجل: قتل للحراية، ولم يقطع، قاله ابن القاسم، قال: وأرى أن يقطع، ثم يقتل؛ ليستشفى^(٢) بالقطع المجنى عليه، وإن كان المحدود ضعيف الجسم يخاف عليه الموت: سقط حد السرقة، وعوقب، وسجن، وفي القصاص: يرجع للدية، ويختلف هل في مال الجاني أو العاقلة، وفي القذف يفرق الضرب عليه وقتًا بعد وقت، وكذلك الزنى، والشرب، ويبدأ بحد الزنى على القذف إذا اجتمعا، وإن كان الحقان لآدمي: كقذف هذا وقطع هذا: اقترعا أيهما يقدم، إن خيف عليه، وإن كان

(١) في أ: عبد قتل.

(٢) في أ: ليتفى.

يكمل أحدهما دون الآخر: أقيم عليه الأدنى منهما من غير قرعة، أو أحدهما لله: قدم، إلا ألا يحتمل إلا حق الآدمي، ويؤخر الآخر لوقت لا خوف فيه، وإن خيف عليه دائماً، وحق الله تعالى جلد: ابتدئ به مفرقاً، ثم ما للآدمي، ومتى تقدم للمرأة أربعون يوماً من يوم زنت: انتظر حملها، وإلا حدث؛ لأنه قبل الأربعين نقطة لا حرمة لها إلا أن تكون ذات زوج لم يستبرئها: خير في قيامه بحقه في الماء، أو يسقط حقه فتحد.

[قاعدة^(١)]: الأصل أن يترتب على كل سبب مسيبه، وكل إيلاجة أو نقطة من الخمر سبب للحد، لكن أجمعت الأمة على التداخل؛ رفقا بالعباد، ولأنها أمور مهلكة، فهي أولى بالتداخل من غيرها، والتداخل واقع في الشريعة في ستة مواطن: في الطهارة إذا تكررت الأسباب أو اجتمعت: كالغائط، والملازمة، والحدث الأصغر مع الجنابة، والجنابة مع الحيض، وفي الصلاة: كتحية المسجد مع الفرض، وفي الصيام: كصيام الاعتكاف مع رمضان، وفي الكفارات إذا وطئ في نهار رمضان مرازا على الخلاف، والحج بطواف العمرة في حق القارن، وفي الحدود: [وهي] إذا تكررت النوع الواحد، واختلف السبب، لكن المسبب واحد: كالشرب، والقذف، والأموال: كدية الأعضاء مع دية النفس، والصدقات في وطء الشبهات، ويدخل الأول في الأخير: كالجنابة مع الحيض، والأعضاء مع النفس - والأخير في الأول: في وطء الشبهة، والطرفان في الوسط - على الخلاف بين العلماء - في وطء الشبهة، وقيمة المغصوب إذا هلك: هل يلزم الحالة المتوسطة إن كانت أعلى صدقاً أو قيمة - أو لا يلزم إلا الأول [وهو مذهبننا، و (ش) يعتبر أفضل الحالات، ويندرج الأقل في الأكثر: كالأطراف^(٢) مع النفس، والأول في الأكثر: كالعضو الواحد مع النفس، وهذا كله لطف من الله - تعالى - بعباده، وإلا فالأصل ما تقدم.

فرع: في الكتاب - يقيم السيد الحد على عبده في الزني، والقذف والشرب دون

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

السرقه لأنها مثله، ولا يقيمها إلا الولي^(١) فإن قطعه السيد، والبينة عادلة، وأصاب وجه القطع: عوقب للتعدي، ولا يحد في الزنى إلا بأربعة شهود غير السيد، فإن كان السيد أحدهم: رفعه للإمام، والحاكم إذا لم تتم الشهادة إلا به رفعه لمن فوقه، فيشهد عنده، أو رفع ذلك للإمام، أو لثائبه، ويقيم الإمام عليه حد السرقه بشهادة السيد مع آخر؛ لعدم التهمة، ولا يقيم السيد حد الزنى على أمته ولها زوج حتى يرفعه للإمام، ولا على العبد قصاصاً حتى يرفعه للإمام، فإن كان له عبدان: جرح أحدهما الآخر: فله القصاص بعد مراجعة الإمام، ولا يقيم الحدود ولالة المياه؛ لأنها لم تندرج في ولاياتهم، ويجلب للأمصا، ولا يقام في مصر إلا في القسقاط، أو يأمر واليها.

قال ابن يونس: يحضر السيد في الخمر والقرية رجلين، وفي الزنى أربعة عدولاً.

قال مالك لعله يعتق، فيحد من شهد عليه برد شهادته، وامتنعت إقامته للسرقه لأنها ذريعة للتمثيل به ويدعى أنه سرق^(٢).

ولا يحكم السيد بعلمه كالحاكم - وعنه: يجلد بعلمه؛ لعدم اتهامه في إضراره بماله، بخلاف الحاكم، وإنما يمنع الزوج في الأمة إذا كان حراً، أو عبداً لغيره؛ لأن له حقاً في الفراش، وما يحدث من ولد، بخلاف الزوج عبد السيد.

قال أشهب: إلا أن يكون الزوج وغدا لا يلحقه عيب ذلك، وكذلك المرأة في عبدها، وقد حدث فاطمة بنت رسول الله ﷺ مملوكها^(٣).

وفي الصحيحين^(٤) إِذَا زَنَتْ أُمُّهُ أَحَدِكُمْ فَتَبَيَّنَ زَنَاهَا فَلْيَحْذَرَا وَلَا يَتْرَبَا عَلَيَّهَا... الحديث.

قال اللخمي: لا يحدها إذا كان [الزوج عبده]^(٥). إلا أن يعترف بصحة الشهادة،

(١) في أ: إلا الصابي.

(٢) في أ: سوق.

(٣) أخرجه الشافعي (٧٩/٢) (٢٥٧)، والبخاري في شرح السنة (٤٧١/٥).

(٤) أخرجه البخاري (٤٣٢/٤) كتاب البيوع: باب بيع العبد الزاني (٢١٥٢)، وطرفه في (٢١٥٣) - ٢٢٣٣ - ٢٢٣٤ - ٢٥٥٥ - ٦٨٣٧ - ٦٨٣٩، ومسلم (١٣٢٨/٣) كتاب

الحدود: باب رجم اليهود (١٧٠٣).

(٥) في أ: زوجها غير عبده.

ولا خلاف أن له التأديب بعلمه، وإذا قطع في السرقة بغير بينة: عتق عليه، إلا أن يعترف العبد بالسرقة، أو أنه قطع الذي اقتص منه - قال: وأرى إن أنكر، وشهد عدل: لا يعتق؛ لأنها شبهة تنفى عنه التعدى.

قاعدة: التكاليف في الناس قسمان: عام في الناس: كالصلاة، وغيرها، وخاص ببعض الناس: كالحدود، والتعزيرات تختص بالولاية والقضاة؛ لأنه لولا ذلك فسد حال الرعية^(١) بثوران بعضهم على بعض.

قال إمام الحرمين في الغيathi: فإن شغل الزمان من الإمام انتقل ذلك لأعلم الناس، وأفضلهم؛ دفعا للحرَج، والفساد.

تنبيه: ووافقنا (ش)، وأحمد في السيد، وخالفنا (ح).

لنا: ما تقدم، وقوله - عليه السلام - : «أَقِيمُوا الْحُدُودَ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ»^(٢)، ولأنه يملك تزويجه بغير قرشية، فيحده كالإمام ولأنه يؤدبه، فيحده كالإمام.

احتجوا بأنه حق لله؛ فلا يتولاه السيد بخلاف التزويج، ولأنه لا يحتاج إلى اجتهد الإمام، وأوضاع^(٣) ومقادر في العدد، والهيئة؛ فلا يستقل به السيد؛ لأنه ليس من أهل الاجتهاد، وقياسا على الحر.

الجواب عن الأول: أنه وإن كان حقا لله، ففيه استصلاح العبد، وهو حق للسيد.

وعن الثاني: أنه ينتقض بتعزير السيد عبده، والزواج امرأته مع احتياجه للاجتهاد.

وعن الثالث: الفرق بأن الحر^(٤) لا حق له فيه.

فرع مرتب: قال في النوادر: قال ابن القاسم: اشتراها حاملا، فعلم أن البائع لم يحدها، فهو في سعة ألا يحدها، فإن زنى عبده: يحده بغير السوط.

قال مالك: لا يقام الحد إلا بالسوط.

(١) في أ: الرغبة.

(٢) أخرجه أبو داود حديث (٤٤٧٣)، والنسائي في الكبرى (٧٢٦٨، ٧٢٦٩)، وأحمد (١/٩٥)، والدارقطني (٣/١٥٨)، والبيهقي (٨/٢٢٩) وينحوه عند مسلم (٣/١٣٣٠) حديث (١٧٠٥/٣٤).

(٣) في أ: وأوضاع.

(٤) في أ: الحد.

(۳) تقدم.

الجناني .

احتجوا بحديث «الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ» . وهو عام .
والجواب أنه مخصوص بما ذكرنا ، ولأن المرأة إن غربت مع محرم ؛ غرب من
ليس بزاني أو مع غير ذي محرم ؛ خولف قوله -عليه السلام - «لَا تُسَافِرُ الْمَرْأَةُ إِلَّا مَعَ
ذِي مَحْرَمٍ»^(١) ومنع (ح) التغريب مطلقاً .
لنا عليه الحديث المتقدم ، [احتج]^(٢) بأن القرآن أثبت الحدود بغير تغريب ، فلو
ثبت التغريب بالسنة لكان زيادة على النص ، والزيادة على النص نسخ ، ونسخ القرآن
بالسنة غير جائز . والجواب منع أن الزيادة نسخ .
وفي التكت : إنما فرق بين الزنى والحراة ؛ لأن المحارب جاهر بالظلم وعظم
ضرره ، فاشتطت توبته بخلاف الزاني .
وتحسب السنة من يوم حبس ، ونفقة حمله ، وحمل المحارب ، وحبسهما على
أنفسهما ، فإن أعدمنا : فبيت المال .
قال ابن يونس : قال مالك : كان ينفي عندنا إلى فذك وخير ، ونفى رسول الله
ﷺ المختشين قال : وهو رأى .
قال محمد : إلى الموضع القريب ، ولا يحبس ويترك اليوم بعد الأيام للمسألة ،
والمعاش .
وقال اللخمي : كل من فيه بقية رق كأم الولد ونحوها .
وفي المنتقى : عن مالك : ينفي من مصر إلى الحجاز .
قال ابن القاسم : من مصر إلى أسوان ، ودون ذلك حيث يثبت له حكم
الاغتراب ، ولا يكثر البعد ، لثلا يتعذر وصول منفعة ماله وأهله إليه ، ويكتب إلى
والى البلد بسجنه سنة عنده ، ويؤرخ يوم سجنه ، قاله ابن القاسم .
وفي الجواهر : إن عاد المغرب أخرجناه ثانياً .
الجنانية الرابعة : القذف .

(١) أخرجه البخارى (٧٠/٣) كتاب الصلاة فى مسجدي مكة والمدينة : باب مسجد بيت
المقدس (١١٩٧) ، ومسلم (٩٧٦/٢) كتاب الحج : باب سفر المرأة مع محرم إلى حج
وعمره (٤١٥ و ٨٢٧/٤١٦) من حديث أبى سعيد الخدرى .
(٢) بياض فى أ .

وأصله: الرجم بالحجارة ونحوها، ثم يستعمل -مجازاً- في الرجم بالمكاره،
فمن الحقيقة قوله - تعالى - ﴿وَيَقْدُونَ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ دُخْرًا﴾ [الصفات: ٨] وفيه ستة
أبواب:

* * *

الباب الأول

فى ألفاظه

وهى قسمان: قذف ونفى، وكلاهما قسمان:

صريح وكناية، فهذه أربعة فصول.

الفصل الأول: فى صريح القذف : وهو الرمى بالزنا، أو اللواط.

قال بعض العلماء: يجب الحد بذلك دون الرمى بما [هو أعظم]^(١) منه، من القتل، والكفر؛ لأنه لا يقدر أن يقيم بينة على عدم الزنى فى الزنى الماضى، وليس بشيء لأنه مشترك الإلزام، فلا يقدر على إثبات نفى القتل، فى الزمن الماضى، إلا أن يقول: يقدر بأن يثبت أنه كان حيًا فى ذلك الوقت، فيقال له: وكذلك يثبت أنها كانت فى بلد آخر غير الذى قذفه بالزنى به، إن قيده كما قيد القتل، وإن تعذر فى الفصلين: فالحاصل أن تعيين هذين للقذف دون غيرهما يحتاج إلى نظر.

وفى الكتاب: إذا رماه بلواط أو زنى: حد - أو بهيمة أدب؛ لأن أتى البهيمة لا يحد.

وإن قذفهما ثم أقام بينة أنهما زنيا حالة الصبا، أو الكفر: حد؛ لأن هذا ليس بزنى وإن قال لهما وقد عتقا: زنيتهما حال رقكما، أو قال: يا زانيتا، ثم أقام بينة بزناه حالة رقه: لم يحد؛ لأنه فى الرق زنى - فإن لم يقم بينة: حد لكذبه ظاهرًا، ومن رمى واطئ أمة يلحقه بذلك النسب، أو امرأته حائضًا: حد القاذف؛ لأن هذا ليس بزنى، وإن قال لامرأة: يا زانية، فقالت: بك زنيته: حدت للزنى وللقذف للاعتراف إلا أن ترجع، فتحد للقذف، ولا يحد الرجل؛ لأنها صدقته، أو قال: يا ابن الزانية، وقال: أردت جدة له لأمه، وقد عرفت بذلك: حلف ما أراد غيرها، ويعزر للأذية، ولا يحد؛ لأن المقول له يصدق عليه أنه ابن جدته، وكل من أذى زانية نكل.

قال ابن يونس: إن قال: يا لوطى^(٢)، أو يا فاعل فعل قوم لوط: حد، وليس للقاذف تحليف المقذوف ما زنى، وإن علم المقذوف من نفسه أنه زنى فحلل له أن

(١) فى أ: خف أحكم.

(٢) فى أ: موتى.

يحدّه لأنه أفسد عرضه.

قال أشهب: إن قال: زني في صغرك، أو رقك في غير مشاتمة: لم يحد، وإلا حد إلا أن يقيم بينة، وإن قال: زني مستكرهاً^(١). حد إلا أن يقيم بينة. وفي الموازية: يحد، وإن أقام بينة؛ لأنها ليست بذلك زانية - ومن قذف مستكرهاً: حد، وإن قال كنت في نصرانيتك قذفتك بالزنى: فإن كان إنما سألها العفو، أو أخبر به على وجه الندم: لم يحد، وإن لم يعلم له [عذر]^(٢): حد. وقال أشهب: إن قال في مشاتمة: حد، وإلا فلا؛ لعدم النكايه بذلك، وإن وطئ أمة له مجوسية، فقذفه أحد بالزنى: حد؛ لأنه لا يحد من وطء المجوسية، وإن قال لمجنون حال جنونه: يا زان: حد.

قال محمد: إلا أن يكون مجنوناً من الصغر إلى الكبر لم يفق؛ لأنه لا يلحقه اسم الزنى حيثئذ، وإذا قال: يا زانية، فقالت: بك زني: قال أشهب: لا تحد، إن قالت: إنما أردت المجاوبة دون القذف والإقرار بالزنى، فيجلد الرجل، ولا تجلد هي لزني، ولا قذف.

وقال أصبغ: يحد كل واحد لصاحبه، وإن قالت ذلك؛ لأن كل واحد قاذف الآخر لا مصدق له.

وعن ابن القاسم: إن قال ذلك لامرأته، فقالت له: بك زني: لا شيء عليها؛ لأنها تقول: أردت إصابته إياي بالنكاح، أي: إن كنت زني فبك ولا حد عليه هو، ولا لعان.

وإن قال له: يا زان، فقال له الآخر: أنت أزني مني: فعليهما الحد. وفي الجواهر: قال أصبغ: أزني مني إقرار بالزنى، ومحملة محمل الرد لما قاله. وفي النوادر: يا ذا الذي تزعم المرأة أنه اغتصبها، أو الصبي أنه نكح: إن قاله في مشاتمة: حد، وزني فرجك أو دبرك: يحد، وإن قال: من يقول كذا: فهو ابن زانية، فيقول رجل: أنا قلته: فإن قامت بينة أنه قاله: حد له، وإلا فلا، قاله ابن القاسم.

(١) في أ: مستكرهاً.

(٢) سقط في أ.

قال مالك: إن لم يكن فلان أصلح منك، فأنت ابن زانية: إن أقام بينة: أنه أصلح منه: نكل للأذية، وإلا حد للقذف.

قال سحنون: إن قال: لم يكن عبدى خيرًا منك، فأنت ابن عشرة آلاف زانية: حد؛ لأن العبد لا يكون خيرًا من الحر.

وفى الموازية: يا ذا الذى جده نصرانى: فقال: إن كان جدى نصرانيًا، فأنت ابن زانية، فوجد جده نصرانيًا: حلف أنه أراد، ويؤدب.

قال عبد الملك: من شهد علىّ فهو ابن زانية، فشهد عليه رجل: حد القائل. قال مالك: إن قال قبل أن يرميه أحد: من رمانى منك، فهو ابن الزانية: فرماه أحدهم: لم يحد، ويعزر. وكذلك من لبس ثوبى، أو ركب دابتي، يريد: من فعله فى المستقبل، وإن أراد: من قد كان فعله قبل قوله: حد، وإن كان قذفه بها لم يفعل مستقبلًا ما لا يملك المقذوف منه^(١)، فإنه يحد، قبل الفعل إن كان من الأمور العامة: كدخول المسجد، والحمام، وإن كان خاصًا: كركوب دابة: فلا يحد حتى يفعل أحد ذلك.

فرع: فى الجواهر: [إن قال للرجل]^(٢) يا زانية بالتاء، وللمرأة بغير تاء: حد. إن قال: زنى فرجك، أو عينك، أو يدك: حد عند ابن القاسم.

وقال أشهب: لا يحد؛ لأنه كذب إلا على وجه المجاز.

الفصل الثانى: فى التعريض بالقذف.

قاعدة: الصريح فى كل باب ما يتعين له وضعًا، والكناية ما يحتمله مع غيره. وفى الكتاب: إن قال: يا مخنث: حد، إلا أن يحلف ما أراد قذفًا، فيؤدب. قال ابن يونس: قال غيره: هذا إن كان فى كلامه، أو عمله، أو بدنه توضيع، وإلا حد، ولم يحلف [لاشتهاره فى الفاحشة]^(٣)، وأصل التخنس - الميل، وقد يكون صاحبه متقيًا، ومنه: المخنث الذى يدخل على بيت رسول الله ﷺ^(٤).

(١) فى أ: منع.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى أ: لإشهارى الفاحشة.

(٤) أخرجه البخارى (٣٤٦/١٠) فى كتاب اللباس: باب إخراج المتشبهين بالنساء عن البيوت (٥٨٨٧)، ومسلم (١٧١٦/٤) فى كتاب السلام: باب منع المخنث من الدخول على النساء (٢١٨١/٣٣) عن عائشة.

ونحنه الصانعة.

فى الكتاب: يا فاجر، أو يا فاسق أو يا ابن الفاجرة، أو الفاسقة: حد، أو يا خبيث: حلف ما أراد قذفًا؛ لقلة ظهوره فى القذف، فإن لم يحلف: سجن حتى، يحلف، فإن طال سجنه: نكل على حسب حاله: المعروف بالأذية^(١) يبلغ فى عقوبته، والفاضل ذو المروءة: يتجافى^(٢) عن حقيقته ويخفف فى أدب عظمة، ويا فاجر بفلانة: يحد إلا أن يقيم بينة^(٣) على أمر صنعه معها فى الفجور: كجحد مال، ونحوه، ويحلف ما أراد إلا ذلك؛ لأنه يحتمل جامع فلاة، وإن قال: باضعتها حرامًا، أو وطئتها، وقال: أردت: تزوجتها تزويجا حرامًا، أو قال ذلك عن نفسه، وطالبت المرأة: حد، إلا أن يقيم بينة على مراده، ويحلف ما أراد إلا ذلك، وكنت وطئت أمك، وقال: أردت النكاح: إن أتى بينة أنه تزوجها: لم يحد، وإلا حد، إن قال له: ما أنا بزنان، أو أخبرت أنك زان: حد، أو أشهدنى فلان أنك زان: حد، إلا أن يقيم بينة على قول فلان، وكذلك يقول لك فلان: يا زان - أو جامعها بين فخذيهما، أو أعكانها: حد.

وقال الأئمة: لا حد فى التعريض، غير أن مالك قال: يحد به إن نوى به القذف، كسائر الكنايات فى الطلاق، وغيره.

لنا: قوله - تعالى - عن قول [قوم] شعيب: ﴿إِنَّكَ لَأَنْتَ أَلْحِلُّهُ الرَّشِيدُ﴾ [هود: ٨٧] ومرادهم ضد ذلك، وهو كثير فى القرآن.

وفى الموطأ: رجلين استبا على عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فقال أحدهما: والله، ما أبى بزنان ولا أمى بزانية، فاستشار عمر بن الخطاب - فقال قائلون: مدح أباه وأمه، وقال آخرون: قد كان لأبيه وأمه مدح غير هذا، فجلده عمر ثمانين، وقال: حمى الله لا ترعى حواليه، ولأنه يفهم القذف، فيحدث به كالصريح.

احتجوا بأنه يحتمل القذف، وغيره، فلا يوجب، كما إذا قال: اسقنى ماء وقال: أردت القذف، وهذا أبلغ؛ لأنه صرح بإرادته القذف، ولأنه لما احتمل الأمر وجب أن يرجح لفظ على الموجب، كالأمة المشتركة، وهذا أولى للقطع بوجود

(١) فى أ: بالأذى.

(٢) فى أ: سحاما.

(٣) فى أ: يفهم.

الموجب، وهو النصيب الذى ليس بمشترك، ومع ذلك سقط الحد، ولأنه تعريض، فوجب ألا يلحق بالتصريح، كالخطبة فى العدة، ولأنه لا يكون قذفًا مع عدم القرائن، كقوله أنت جميلة وأديبة.

والجواب عن الأول: أن القرائن مع اللفظ تصيره كالصريح، بخلاف مجرد النية؛ لذلك تقول العرب: رب إشارة أفصح^(١) من عبارة، والتعريض عندهم أبلغ موقعًا. وعن الثانى: الفرق بأن القرائن تنفى الاحتمال الآخر، فيصير كوطء الأجنبية. وعن الثالث: أن هذا الباب أخرج؛ لأنه لو أراد بالتعريض القذف حرم إجماعًا ولو أراد النكاح عين الخ.

وعن الرابع: منع الحكم إذا صيرته القرائن تصريحًا فى القذف، وإلا فعدم القرائن يعنى الفرق.

قال ابن يونس فى الموازية: القائل: يا قرنان لرجل: جلد لزوجته؛ لأنه عند الناس: من امرأته تفجر.

قال ابن القاسم: وقال يحيى بن عمر: لا يحد، ويجلد عشرين، ويأمر آخر. وقال أشهب: يحد، قال يحيى بن عمر: يا قحبة؛ لأن العرب كانت تدعو على الفاجرة بالقحباب، [والهرفاء]^(٢) أى السفال، والقبح فى الدابة، حتى صارت الفاجرة تسمى قحبة؛ لغلبة الاستعمال، ويا مأبونة: قال عبد الملك: يحد؛ لأنه من الأبنه، وهى داء فى الدبر يبعث على طلب ما يحك به ذلك الموضع، وإن اشتهر فى اللواط فى المفعول به.

وإن قال له: يابن الزانية: فقال له: أمك شر منها: فى الموازية: يحدان، أو يا أحمق: فقال الآخر: أحمقنا ابن الزانية: يحد، وعن ابن القاسم فى: يا فاجر بفلانة: يحلف ما أراد قذفًا، وكذلك: يا خبيث، ويا ولد إيش: قال ابن القاسم: يحد، ويا ابن الفاسقة، والفاجر^(٣): يحلف، فإن امتنع سجن، وإن طال سجنه، ولم يحلف: أدب، وخلى.

وقال عبد الملك: فى هذا كله [النكال حد]^(٤)، ويا مؤنث، وفى كلامه لين:

(١) فى أ: أفصح.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: وخفرة.

(٤) فى أ: إن نكل حد.

حلف، وأدب.

وقال أشهب: يحد في: زنى فرجك، دون: زنت رجلاك، ويابن منزلة الركبان: يحد؛ لأن المرأة في الجاهلية كانت إذا طلبت الفاحشة أنزلت الركبان، وكذلك: يا ابن ذات الراية؛ لأن في الجاهلية كانت على باب البغية راية. تنبيه: ضبط هذا الباب الاشتهارات العرفية، أو القرائن الحالية، فمتى فقد أحلف، أو وجد أحدهما: حد، وإن انتقل العرف: فيقال: الأصل: الحد - ويختلف ذلك بحسب الأعصار، والأمصار، فهذا يظهر أن ذات الراية، ومنزلة الركبان لا يوجب حدًا، وأنه إن اشتهر لفظ أحدهما لا يوجب حدًا إلا في القذف أو يوجب الحد.

فرع: وفي النوادر: قال ابن القاسم: إن قال: رأيت فلانًا مع فلانة في بيت، أو على بطنها، أو قال: في لحاف، أو قال: رأيتك تطلب امرأة في إثرها، أو تقبلها، أو اقتحمت عليها بيتها، أو في مقعد الرجل من المرأة: لا يحد، بل يؤدب؛ لأن ذلك لا يتوقف على الزنى، ويحلف ما أراد قذفًا.

أو قال لامرأته: قد سرحتك من زنى: حد، ولا طلاق عليه. قال مطرف: إن قال: كيف تكلمني وأنا نكحت أمك، وكانت زوجتي: قال مالك: إن لم يقم بينة أنه تزوجها: حد للقذف، وقال عبد الملك: لا يحد؛ لأنه لو أقام شاهدين بالزواج كفاه، ولو كان قذفًا لم يجرح إلا بأربعة، ولو كان في غير منازعة: لم يحد، وإن قذفه رجل، فشكاه، ثم خاصم آخر، فقال له: سمعت فلانًا يقول لك: يا زان، فمالك اشتكيت؟ أى: موجدة عليك: فيحد.

فرع: قال: قال مالك: لا يحد الأب بالتعريض، بل بالتصريح، كالقصد في القتل، ويجوز عفو عن القذف، وإن لم يرد سترًا عند الإمام. وقال أصبغ لا يحد الأب أصلًا؛ لعظيم حقه، وقاله (ش)، و(ح). وفي المتنقي: وإن حده: أسقطنا عدالة الابن؛ لأنه عقوق.

وإن قال لولده: لست ابني: فطلبت الأم، أو الولد من غيره الحد؛ لقذف الأم، وقد كان فارقتها: فعفا ولده: قال مالك: يحلف ما أراد قذفًا، بل لو كان ولدى ما كان يصنع ما صنع قال: وهذا يقتضى الحد إن لم يحلف، وأنه لا يسقط بعفو بعض الولد إذا قام البعض بالحد، وغيره لا يلحق بالأب، بل يحدون ولا يعذرون في

الشم - إن كان على وجه الأدب .

قال ابن القاسم، وأشهب: يجوز عفو عن جده لأبيه، وإن بلغ الإمام - دون جده لأمه؛ لأنه لا يدلى في الميراث بهما، وقال عبد الملك: يجوز عفو عن أمه، وإن لم يرد سترًا؛ لأن الإشفاق قد يحمله عند رؤيتها على الاعتراف بالزنى .
 فرع: في الجواهر: يا بغل يوجب الحد، وإن قال لنفسه: أنا بغل: حد؛ لأنه قذف أمه .

الفصل الثالث: في صريح اللفظ والنفي .

النفي عندنا: موجب للحد، وقاله أحمد .

وقال (ش)، و (ح): إذا قال العربي: يا قبطي، وقال أردت: قبطي اللسان، أو الدار؛ لأنه نشأ فيها: صدق بعد يمينه، أو قال: أردت أنه ليس من أبيه: حد، إن كانت أمه محصنة يحد قاذفها، وإلا فلا؛ لأن الله - تعالى - جعل سبب الحد في القذف الزنى في المحصن؛ لقوله - تعالى - ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَزْنُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْفَاضِلَاتِ﴾ [النور: ٢٣] .
 لنا: قوله - عليه السلام - «لا أوتى برجل يقول أن كنانة ليست من قريش إلا جلده»^(١)، وعن عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه - لا حد إلا في اثنين: قذف محصنة أو نفي رجل من أبيه، ولا يقول هذا إلا توقيفًا، وعلل صاحب المتقى وغيره بأن النفي قذف، وهو يبطل بأن الأم قد تكون لا يحد قاذفها، وقد تكون مجهولة .

وفي الكتاب: إن قال لمسلم: لست لأبيك، وأبواه نصرانيان: حد، وكذلك إن قال: لست ابن فلان لجده، وجد أمه كافر، أو لرجل من ولد عمر بن الخطاب: لست ابن الخطاب، وإن قال: ليس أبوك الكافر ابن أبيه: لم يحد، حتى يقوله لمسلم؛ لأن الكافر لا يحد له، وإن قال: لست ابن فلان لجده، وقال: أردت: لست ابنه لصلب: حد، وإن قال: أنت ابن فلان، نسبه لجده في مشامة أو غيرها: لم يحد، وكذلك إن نسبه إلى جده لأمه؛ لأنه كالأب يحرم عليه ما نكح، فإن نسبه إلى عمه، أو خاله، أو زوج أمه: حد .

(١) روى موقوفًا من طريق الأشعث بن قيس: أخرجه أحمد في المسند (٢١١/٥)، وابن ماجه في السنن حديث (٢٦١٢) .

وإن قال لعربي: لست من بنى فلان، لقبيلته التي هو منها: حد، وإن كان مولى: لم يحد، بعد أن يحلف ما أراد نفياً، أو قال لعربي: يا قبطني: حد، وإن قاله لمولى: حلف ما أراد نفياً أو قال لعربي: يا قبطني، حد، وإن قاله لمولى حلف^(١). ونكل، وإن نكل: لم يحد ونكل.

وفى التكت يجب الحد بالنفى [كان الأبوان كافرين، أو عبيدين، قال مالك وأصحابه: فإن عفا وأبواه عبدان أو كافران نقذ]^(٢) عفو، أو مسلمان حران: فلهما القيام بالحد. وكذلك إن كان أبوه^(٣) مسلماً وأمه نصرانية، أو أمة فله القيام؛ لأنه حمل أباه على غير أمه بنسبه للزنى، أو انعكس الحال بين الأبوين: قامت الأم بالحد؛ لأنه نسبها إلى الزنى، وإن قال ذلك لعبد: لا يحد له، وأبواه عبدان، أو كافران: لم يحد، وأبواه حران مسلمان: حد.

وكذلك إن كانت الأم حرة مسلمة، والأب عبد؛ لأنه رمى أمه أو أمة أمه، أو كافرة وأبوه مسلم: حد، قاله ابن القاسم.

وقال أشهب: لا حد فى نفى العبد، قال ابن يونس فى الموازية: يا ولد زنى، أو أنت لزنية^(٤)، أو ولد زنية: حد، وإن كانت مملوكة، أو مشركة. بخلاف: يا ابن الزانى، أو الزانية إن كانا عبيدين، أو كافرين؛ لأن هذا قذف لهما، والأول نفى، وإن قال: لست ولد فلان لجده؛ وقال: أردت: لست لصلبه: حد كان جده مسلماً أم لا.

قال أشهب: هذا إذا كان ولادة جده فى الإسلام، ولم يكن مجهولاً، وكذلك إذا نفاه عن أبيه ذنية؛ لأن المجهولين لا يثبت نسبهم، ولا يتوارثون بها، وإن كان من العرب: حد، وإن كان ولادة أبيه، أو جده فى الجاهلية، وولد المقول له فى الإسلام.

وإن قال: لست من موالى فلان، وهو منهم: حد، وكذلك: لست من الموالى، وله أب معتق، بخلاف: لست مولى لفلان وفلان قد أعتقه؛ لأنه لم ينفه من نسب،

(١) سقط فى ط.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: أبيه.

(٤) فى أ: لمزنية.

ولست ابن فلان، وأمه أم ولد: حد. ولست [بابن فلانة: لا يحد]^(١)؛ لأنه معلوم الولادة منها، فلم يؤثر ذلك في عرضه.

وإن قال لعبد، وأبواه حران مسلمان: لست لأبيك: حد السيد، فإن ماتا ولم يرثهما أحد أو ورثهما غيره: فله حد سيده.

الفصل الرابع: في التعريب بالنفى.

في الكتاب: إن قال لعربي: يا فارسي، أو نحوه: حد، أو قال: يابن الأقطع، واختلف عن مالك في القائل لبربري أو رومي: يا حبشي هل عليه الحد أم لا؟ قال ابن القاسم: وأرى عدم الحد، إلا أن يقول له: يا ابن الأسود، وليس في آبائه أسود، وإن قال لفارسي: يا عربي: لم يحد، أو لعربي: يا فارسي، أو لمصري: يا يمانى، أو لعيسى: يا كلبى: حد؛ لأن العرب تنسب إلى آبائها، وهذا نفى لها. أو قال: يا ابن الأعجمي، وليس أحد من آبائه كذلك: حد، أو يا ابن الحجام، أو الخياط، وهو من العرب: جلد الحد، إلا أن يكون ذلك في آبائه، أو من الموالى: حلف ما أراد قطع نسبه؛ لأن هذه الصفات في الموالى أكثر من العرب، ويا ابن المطوق، يعنى الراية التى تجعل في الأعناق: لا يحد في الموالى دون الأعراب؛ لأن هذه الأعمال أعمال الموالى، وإن قال: يا يهودى: لم يحد، بخلاف يا ابن اليهودى، إلا أن يكون من آبائه يهودى. قال ابن يونس: يا ابن البربرية، وأمه عربية، قال عبد الملك: لا يحد؛ لأنه لا نفى على الأم، وقال مطرف: يحد، إلا أن يسميها باسمها؛ لأنه نفى أمه من ابنها، وسواء قال لرومى: يا حبشى، أو يا ابن الحبشى: لا يحد، ويحلف ما أراد نفيه.

ولمالك في الحد قولان.

وفى النوادر: [إن قال لمولى: ليس فلان أعتق أباك، وهو الذى أعتقه: حد؛ لأنه نفاه عنه أنه عتيق هذا]^(٢) وإن قال الأب: ليس فلان أعتقك لم يحد. وقال ابن وهب: لا يحد فيهما؛ لأنه نفى عتقًا لا نسبًا، ويعاقب. وفى الجواهر: وإن قال: ما لك أصل، ولا فصل، فعن ابن القاسم: لا يحد.

(١) فى أ: بابن فلانة ؛ فلأنه لا يحد.

(٢) سقط فى أ.

وقال أصبغ: يحد؛ بناء على قوله: أنه أراد النفي أو الشتم، وقيل إلا أن يكون من العرب: فعليه الحد، وإن قال لابن أمة، أو كتابية: يا ابن الزانية: لم يحد، أو يا ابن زنية: حد - والفرق: أن الثاني نفى نسب بإضافته إلى فعل لا يلحق الولد فيه، والأول قذف لأمه - وإن قال مولى لعربي: أنا خير منك: حد، وكذلك لو قاله أحد ابني عم لصاحبه، قال أبو إسحاق: في المسألتين - اختلاف، وبهذا أقول.

* * *

الباب الثانى

فى أحكام القذف

وفى التنبيهات: للحد عشرة شروط: ستة فى المقدوف، وأربعة فى القاذف. أن يكون المقدوف عاقلًا مسلمًا حرًا بالغًا للتكليف، إن كان ذكرًا، أو قدر الوطء إن كان أنثى، وإن لم تبلغ التكليف، وفيه خلاف، برىء من الفاحشة التى قذف بها معه إليها، وأن يكون القاذف عاقلًا بالغًا، صرح بالقذف، أو عرض به، يمكن إقامة الحد عليه لصحته.

وفى الجواهر: يحد المحصن: وهو الذى اجتمعت شروطه منها العفة ومعناها: ألا يكون معروفًا بالقيان^(١)، ومواضع الفساد، والزنى. ولا يسقط الحد كونه معروفًا بالظلم، والغصب، والسرقه، وشرب الخمر، وأكل الربا.

ويسقط الإحصان كل وطء يوجب الحد، بخلاف الذى لا يوجب: كوطء الأمة المشتركة والمحرمه بالرضاع، ونحوه، وكذلك وطء الشبهة، أو فى الصبا. ويسقط إحصان المقدوف بالوطء الطارئ بعد القذف؛ وقاله (ش)، و(ح): أن الشروط يعتبر استدامتها إلى حالة إقامة الحد؛ لأنه لو ارتد لم يقيم الحد، ولأن طروءه ينه أنه تقدم منه.

وقال أحمد: لا يسقط، كما لو زنى بأمة، ثم اشتراها، أو سرق عينا فنقصت قيمتها، أو ملكه، ومنع استدامة الشروط إلا إلى حين توجه الحد، ومتى سقط الإحصان بالزنى مرة لم يعد بالعدالة بعده.

وروى عبد الملك: إن قذف من حد بالزنى بعد أن حسنت توبته: لم يحد. تنبيه: وينبغى أن يزداد فى شروط المقدوف: أن يكون معروفًا، فإن المجهول لا يحد له لكن ترك؛ لأن تلك الشروط لا تعلم إلا فى معروف، وكون الإحصان لا يعود بعد العدالة نقله صاحب النوادر وغيره.

ومستنده: أن المراد بالعفاف: العفاف المطلق؛ بدليل قوله -تعالى- :-

(١) فى أ: بالعناق.

﴿الْمُفْلَكَاتِ﴾ [النور: ٢٣] أى اللاتى لم يخطر لهن الفساد، ولا يشعرن به قط، فتحمل الآية الأخرى على هذه؛ لأنها مطلقة، وتلك مقيدة وهى قوله - تعالى - ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، وهذا قد اشتهر بالزنى وفعله، فلا يكون ممن يحد له، والأصل: عدم الحد، بل يؤدب على القاعدة.

وأصل هذا الباب: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْفُفْلَكَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النور: ٢٣]. وللإحصان فى القرآن أربعة معان: العفاف، وهو المراد بهذه الآية، والثانى الزوجات فى قوله - تعالى - ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله - تعالى - ﴿وَالْمُحْصَنَاتِ غَيْرَ مُسْلِفَحَنَاتٍ﴾ [النساء: ٢٥]، والثالث: الحرية، فى قوله - تعالى - ﴿إِذَا أُحْصِنَ﴾ [النساء: ٢٥] ووافقنا الأئمة على شروط الإحصان، غير أنهم قالوا: لا بد من البلوغ قياساً على العقل، ولم يخالف فى العبد إلا داود.

لنا: أنه قاصر عن رتبة الإجماع، فلا ينهض للحد، وقوله - عليه السلام -: «مَنْ أَشْرَكَ بِاللَّهِ فَلَيْسَ بِمُحْصَنٍ»^(١) والرق من جرائم، والأصل: بقاء عدم الاعتبار، وأما شرائط القاذف، فلأن العقوبة تعتمد التكليف، والقدرة على الوفاء بما وجب عليه. [نظائر]^(٢): قال صاحب الخصال: عشرة لا حد على قاذفهم: الصبى، والعبد، والأمة، والذمى، والذمية، والمحدود فى الزنى، والمرجوم فى الزنى والمنبوذ، ومن ليس معه متاع الزنى والولد يقذفه والده استبعد مالك حده.

فرع: فى الكتاب: المشهود عليه بالقذف [عليه] إقامة بينة أربعة بأن المقذوف زنى، فيسقط عنه الحد؛ لانخراص الإحصان وعدم الكذب عليه. [فرع:]^(٣) قال: ويحد الذمى للمسلم ثمانين؛ لأنه من باب العلم، فيقام عليه بخلاف الزنى.

قال: ليس للقاذف تحليف المقذوف أنه زنى، وإن علم من نفسه أنه زنى جاز له حده؛ لأن الستر مأمور به.

فرع: قال: إذا شهد عليه رجل: أنه قذفه يوم الخميس، وآخر أنه قذفه يوم

(١) تقدم.

(٢) بياض فى أ.

(٣) سقط فى أ.

الجمعة: حد كالطلاق، والعتاق.

فرع: لقذف الجماعة في مجلس واحد أو مجالس: حد واحد إن قام به واحد سقط كل قذف قبله قاله (ح).

وقال (ش): إن قذفهم بكلمات متفرقة: فعليه لكل واحد حد، وقاله أحمد، أو بكلمة واحدة: فقولان عند (ش)، وأحمد، ويناها الحنفية على أنه حق لله - تعالى - فصح التداخل، ويناها الآخرون على أنها حق لآدمي، فصح التعدد، ويلزمه أن يكون عندنا قولان؛ بناء على أنه حق الله - تعالى - أم لا. وقد حكاه العبدى في نظائره، واللخمى وغيره.

لنا: أن هلال بن أمية العجلاني رمى امرأته بشريك بن سمحاء، فقال له النبي ﷺ «حد في ظهرك، أو تلتعن»، فلم يقل: حدان، وجلد عمر - رضى الله عنه - الشهود على المغيرة بالزنى حدًا واحدًا لكل واحد، مع أن كل واحد قذف المغيرة والمؤتى بها، «وجلد رسول الله ﷺ قذفة عائشة ثمانين ثمانين منهم حسان»^(١)، رواه أبو داود، مع أنهم قذفوا عائشة وصفوان بن المعطل، وقياسًا على الزنى، ولأنه لو قذف ألفًا لمات قبل إقامة الحدود، وقد يسقط بالشبهة كما تسقط سائر الحدود فتتداخل مثلها. احتجوا بأنه قذف جماعة، فلا تداخل كما لو قذف زوجاته الأربع، لاعتن أربع لعانات، ولأنه حق لآدمي، فلا يقاس على الحدود، ولأنها لا تسقط بالرجوع، فلا تداخل، كالإقرار بالمال.

والجواب عن الأول: أنه أيمان والأيمان لا تتداخل، بخلاف الحدود. وعن الثانى بأنه^(٢) لا يتكرر في الشخص، فلو غلب فيه حق الآدمي^(٣) لتكرر فيه كتكرار الإتلاف.

وعن الثالث: أن الإقرار لا يتداخل في المتباينات، ولو قال له: يا لائط يا زان، تداخل.

[قاعدة: (٤) مقابلة الجمع بالجمع في اللغة: تارة تتوزع الأفراد على الأفراد:

(١) أخرجه أحمد (٣٥/٦) و٦١، وأبو داود (٤٤٧٤) (٤٤٧٥)، وابن ماجه (٢٥٦٧)، والترمذى (٣١٨١) عن عائشة.

(٢) في أ: فإنه.

(٣) في أ: الآدمي.

(٤) سقط في أ.

نحو الدنانير للورثة، وتارة يثبت أحد الجمعين لكل فرد من الجمع الآخر نحو الثمانون جلدة للقذفة، وتارة يثبت الجمع ولا يحكم على الأفراد، نحو: الحدود للجنايات، إذا قصد أن المجموع للمجموع، وإذا اختلفت أحوال المقابلة: بطل كونه حقيقة في أحدهما؛ لئلا يلزم الاشتراك والمجاز، وبطل تخيل من اعتقد أن قوله - تعالى - ﴿وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ يقتضى: أن قذف الجماعة له حد واحد؛ لأنه قابل الذين - وهو جمع - بالمحصنات - وهو جمع - فيحصل: أن الجميع إذا رمى الجميع يجب ثمانون فقط.

خالفنا ذلك فى قذف الجمع للجمع، والواحد يبقى على مقتضاه فى قذف الواحد للجمع، قاله الطرطوشى وغيره فيمنع كون ذلك مقتضاه.

نظائر: قال العبدى: التسوية بين الواحد والجمع، والقليل والكثير فى تسع مسائل: من قذف رجلاً: فعليه حد، أو جماعة: فحد، وقيل: يتعدد، وصاع فى المصرة الواحدة والجمع، وقيل: يتعدد، والحالف بنحر ولده: فعليه هدى، وكذلك الجمع، وقيل: يتعدد الهدى، ومؤخر قضاء رمضان سنة، عليه كفارة واحدة وكذلك السنون، والواطئ فى رمضان مرة، أو مراراً سواء، والحلف إذا تكرر، كالمرة الواحدة: كفارة واحدة، والمتطيب فى الحج مرة: عليه الفدية، وكذلك الممرار إذا اتحد السبب، والحالف بصدقة ماله مرة، أو مراراً: عليه الثلث، ويغسل الإناء من ولوغ الكلب، وكذلك الكلاب: سبعا.

فرع: فى الكتاب: إذا حد له، ثم قذفه حد له، والفرق: أنه إذا قذفه مراراً قبل الحد: أجزأه حد إذا تبين أن الحد السابق لم يف بكفه عن الجناية، بخلاف إذا لم يتقدم، وإن ضرب أسوأً فقذف آخر، وقذف الأول: ابتدئت ثمانون من حين القذف، ولا يعتد بما مضى.

قال اللخمى: عن مالك: إن لم يمض إلا أيسره: أجزأه إتمامه لهما، أو بقى أيسره، نحو ثلاثة: أكمل هذا واستؤنف الآخر.

وقال أشهب: العشرة قليل، وإن قذفه، فحد له، ثم قذفه بغيره: حد له، أو به، بأن يقول: صدقت عليك، فاختلف: قال محمد: يحد له، وقيل: لا شئ عليه إلا العقوبة، وقد كان أبو بكر بعد الجلدة متمادياً على قوله.

وقوله فى الكتاب: إذا قذف، وهو يضرب يستأنف، وهو على قوله: يحد للجماعة حداً واحداً، وعلى القول بالتعدد: يتم الأول، ويستأنف الثانى.

وفى النوادر: قال المغيرة: إن قذف جماعة، فقاموا جميعاً: فحد واحد، أو مفترقين: حد لكل واحد.

قال ابن القاسم: إن قذفهم، ثم شرب خمرًا، فحد فيه: أجزأه لكل ما تقدم من قذف وشرب؛ لأن الشرب من حد القذف مستخرج.

وإن قال لجماعة: أحدكم زانٍ، أو يابن الزانية: لم يحد؛ لأنه لا يعرف المراد، فإن قام به جميعهم: فقل: لا حد عليه؛ لعدم التعيين، فالنكايه في العرض ضعيف؛ لعدم التعيين فإن قام أحدهم، وادعى أنه أراد: لم يقبل إلا بالبيان، فإن عرف من أراد: لم يحده الإمام إلا بقيام المقدوف.

ومن قذف من لا يعرف: لا حد عليه، وإن قال: يا زوج الزانية، وتحت امرأتان: فعفت إحداهما، وقامت الأخرى: حلف ما أراد إلا التي عفت، فإن نكل: حد. وفى المنتقى: عند أشهب ثلاثة أقسام: إن ذهب اليسير: تمادى وأجزأ لهما، أو النصف، وما يقرب منه: استؤنف لهما، أو بقى اليسير: لم يستأنف للثاني.

وعند ابن القاسم قسمان: إن مضى من الحد الأول شيء: استؤنف من حين القذف للثاني، ولا يحتسب بالماضى، وإن بقى اليسير: تمم الأول، واستؤنف الثاني.

فرع: فى المنتقى: من قذف مجهولاً: لم يحد؛ لعدم النكايه، قاله محمد. فرع: قال: من شروط وجوبه: قيام الولي، ولو سمع الإمام رجلاً يقذف: لم يكن عليه تعريف المقدوف، فإن قام به: تعلق به حق الله، وإلا فلا، وعلى هذا قوله - عليه السلام -: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها». قال العلماء: ليس الإرسال حرصاً على الاعتراف؛ لأمره - عليه السلام - بالتستر؛ بل ليعرفها أنها قذفت، فيكون تعريفه - عليه السلام - لا على سبيل الوجوب.

وفى التنبهات: مذهب ابن حبيب: أن قيام الولي ليس شرطاً، وبحدّه، وإن كان المقدوف غائباً؛ لأنه حق لله تعالى.

فرع: فى الكتاب: لا عفو فى حد القذف إذا بلغ الإمام، أو صاحب الشرط، أو الحرس إلا أن يريد المقدوف ستراً، ويجوز العفو فيه، والشفاعة إذا بلغ الإمام، وإن

صدر موجب التعزير من عفيف ذى مروءة [وهى طائفة] ^(١) منه تجافى الإمام عنه، فإن عفا عن القاذف قبل بلوغ الإمام: ولم يكتب بذلك كتاباً: فلا قيام له، وكذلك النكول ^(٢)، ويجوز العفو عن القصاص مطلقاً، وإن عفا على أنه متى شاء قام، وكتب بذلك، وأشهد له: فذلك له ولورثته.

وفى التنبيهات: فى العفو عن القاذف ثلاثة أقوال: يجوز وإن بلغ الإمام، ويمتنع إن لم يبلغ الإمام، ويمتنع إذا بلغ الإمام إلا أن يريد سترًا، وقيل: إن أراد سترًا لا يختلف فى جوازه، وعلى المنع مطلقاً يقوم به بعد العفو.

وقوله: طائفة، أى: كلمة انفلتت منه ليست بعادة، ويجافى الإمام بعده عن عقوبته.

قال ابن يونس: قال رسول الله ﷺ «تَعَاَفَوْا الْخُدُودَ فِيمَا بَيْنَكُمْ فَمَا بَلَّغْنِي مِنْ حَدِّ فَقَدْ وَجِبَ» ^(٣) رواه ابن وهب.

قال محمد: إنما يجوز العفو إذا قذفه فى نفسه، أما أحد أبويه، وقد مات: فلا عفو بعد بلوغ الإمام، وإن أراد الستر، قاله ابن القاسم، وأشهب. ويجوز عفو الولد عن الأب عند الإمام، قاله مالك، وأصحابه، إن قذفه فى نفسه، وكذلك جده لأبيه، بخلاف جده لأمه.

وإذا قال الشهود: قذفك، وقال: لم يقذفنى ردت الشهادة، إلا أن يكون القذف أمامهم، وادعى ذلك، ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند الإمام، أو قال: ما قذفنى فإنه حد وجب، وإذا هم الإمام بضربه، فأقر المَقْدُوف بالزنى، وصدقه، وثبت على إقراره: حد للزنى، ولم يحد الآخر للقذف، وإن رجع عن إقراره: لم يحد، وحد القاذف، قاله أصبغ.

وقال عبد الملك: إن رجع عن إقراره بغير يدرأ عنه الحد، وعن القاذف بإقراره ما لم يتبين أنه أراد إسقاط الحد.

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: النكال.

(٣) أخرجه أبو داود، حديث (٤٣٧٦)، والنسائى فى قطع السارق: باب (٥)، والدارقطنى فى السنن (١١٣/٣)، والحاكم فى المستدرک (٣٨٣/٤)، والبيهقى فى السنن الكبرى (٨/٣٣١).

قال مالك: لا يجوز أخذ مال على إسقاط الحد، فإن فعل لم يسقط. في النواذر، ومعنى قول مالك: أراد سترًا، أن يكون ضرب الحد قديمًا، فيخاف أن يظهر ذلك عليه الآن، فأما إن عمل شيئًا لم يعلمه أحد إلا نفسه: حرم عفوّه. قال أصبغ: فإن قال: أردت سترًا: لم يقبل منه، ويكشف ذلك الإمام، فإن خاف أن يثبت عليه: أجاز عفوّه، وإلا لم يجزه. وقال عبد الملك: معنى قول مالك: أراد سترًا، أن مثله يفعل ذلك: جاز عفوّه، ولم يكلف أن يقول: أردت سترًا؛ لأن قول ذلك عار.

وأما العفيف الفاضل: فلا يجوز عفوّه. وفي الموازية: عن مالك: للمقذوف أن يكتب كتابًا بقذفه، يقوم به متى شاء، وكرهه مالك، وقال: ما هو من عمل الناس.

قال ابن يونس: معنى أراد سترًا: أنه إن لم يعف عنه أثبت ذلك عليه، ولم يفصل بين حده قبل ذلك ولا غيره، وقاله في المتقى، ومعناه: قبل بلوغ الإمام؛ لأن بعد بلوغه يتعين إيقاعه.

قاعدة: الحقوق ثلاثة أقسام:

حق لله صرف: كالإيمان، وللعبد صرف: كالأثمان، وحق مختلف فيه: هل يغلب فيه حق الله، أو حق العبد كالقذف فيفرق في الثالث: إن اتصل بالإمام تعين حق الله؛ لاتصاله بنائبه في أرضه، وحق لله - تعالى - : أمره ونهيه، وحقوق العبد: مصالحه، وما من حق للعبد إلا وفيه حق لله - تعالى - وهو أمره بإيصال ذلك لمستحقه، لكن المعنى في أنه غلب فيه حق العبد: أن العبد متى أسقط حقه سقط حق الله بإيصال ذلك الحق، ويبقى من حق الله - تعالى - إثم المخالفة في الغصب، ونحوه، فإن المغصوب منه إذا أسقط الطلب بالمغصوب: لم يأمر الله بعد ذلك بإيصاله، لكن يؤاخذ على جريمة الغصب في الدار الآخرة، أو في الدنيا إلا أن يعفو أو يترجح كون القذف حقًا للعبد، بتوقفه على قيام طالبه، وكونه يورث، وحقوق الله - تعالى - لا يدخلان فيه.

فرع: في الكتاب: لا يقوم بالحد إلا المقذوف، فإن أكذب المقذوف البيّنة: ردت الشهادة، وإن قالت البيّنة بعد وجوب الحد: شهدنا بالزور سقط الحد، وإن قذف ميتًا: فلائنه، وولد ولده، ولجده لأبيه القيام، وإن كان ثم من هو أقرب منه؛

لأنه عيب يلزمهم، وليس للعصبة والإخوة مع هؤلاء قيام إلا عند عدمهم، وللجدات القيام بالحد إلا أن يكون له ولد، فإن لم يكن للمقذوف وارث: لم يقم به أجنبي؛ لعدم تعلق الضرر^(١) به، وأما الغائب: فلا يقوم ولد [و]^(٢) لا غيره بقذفه؛ لأنه لم ينتقل الحق عنه، وإن مات وأوصى بالقيام: قام الوصى.

فى التنبيهات: قوله: لا يقوم أحد للغائب ظاهره: أنه لا يتعرض للقاذف.

وقال عبد الملك: يسجن حتى يقدم من له عفو، أو قيام.

قال ابن يونس فى الموازية: ليس للإخوة، والبنات، والجدات قيام بقذف الميت إلا أن يوصى به.

وقال أشهب: لا يقوم إلا الأقرب فالأقرب، وكذلك العفو؛ لأنه ميراث الابن، ثم ابن الابن، ثم الأخ، ثم الجد ثم الأم، وكذلك القرابات من النساء، الأقرب فالأقرب، ولا حق للزوجة، ولا [بنت البنت]^(٣).

قال ابن القاسم: ولا يقام للغائب، وإن طالت غيبته - وقيل: لولده القيام فى الغيبة البعيدة دون القرية ويكتب للمقذوف.

وعن ابن القاسم: لا يقوم للغائب إلا الولد فى أبيه وأمه، قال: ولو سمعه السلطان مع شاهدين: حده، وإذا رفعه من سمعه الإمام: سمع شهادته، فإذا كمل النصاب: حد القاذف.

فى النوادر: إذا قام المقذوف بعد طول الزمان: حلف ما سكت تركًا، وإنما يكون الحق للأولياء إذا مات المقذوف قبل طول الزمان، أما بعد طوله فلا؛ لأنه ليس موجودًا حتى يحلف، والطول ظاهر فى الترك.

وقال أشهب: لهم، وإن طال قبل موته؛ لأنه لو عفا، ثم قام: كان ذلك له.

[فرع]^(٤): فى الكتاب: لا يحد القاذف حتى يبلغ بالاحتلام، أو بسن لا يبلغه إلا محتلم دون الإنبات، ومن فيه علقه رق: فحده حد العبد، ويؤخذ المحارب إذا تاب بما قذفه حال حرايته، ويحقوق الناس وإن قذف حربى^(٥) مسلمًا، ثم أسلم، أو

(١) فى أ: توقف الضرب.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى أ: بيت المال.

(٤) سقط فى أ.

أسر: لم يحد؛ لأن القصاص موضوع عنه، وإن قدم بأمان فقذف مسلماً: حد؛ لأن له عقداً كالذمي.

فرع: في الكتاب: إذا ارتد المذدوف، أو قذف وهو مرتد: لم يحد، ولو رجع إلى الإسلام، كالزني قبل الحد، وبعد القذف.

فإن ارتد القاذف، أو قذف وهو مرتد: حد، أقام على رده، أو أسلم؛ لأن الردة لا تأبى أخذ الحقوق، وتأبى أن تثبت لصاحبها حقوق؛ لكونها مستصدر الحياة، والحقوق إنما هي الحياة، وكذلك لا شفعة له.

وإن قذف ملاعنة التعنت بولد أو بغير ولد: حد؛ لأن ولد الملاعنة يتوارثون، فإنهم أشقاء، ولو رجع الأب: ثبت النسب، وإن قال لولدها: لست لأبيك اختيَاراً: لم يحد، أو مشاتمة: حد، ويحد قاذف المجنون؛ لأن عرضه ممنوع كماله، ونفسه.

فرع: قال: إن خاصم في القذف، ومات قبل إقامة البينة: قام الوارث به؛ لأن الوارث ينتقل إليه المال بالإرث، فينتقل إليه كل ما يتعلق به من الخيار، والشفعة، والرد بالعيب، ونحوه، ولا يرث النفس، والعقل، فلا تنتقل إليه الإمامة، والقضاء، وما فوض إليه من خيار الغير، ولا اللعان، ولا نية^(١) الإيلاء، ولا نحو ذلك؛ لأنها أمور متعلقة بالنفس والعقل.

ومقتضى هذه القاعدة: ألا ينتقل القصاص، والقذف، [و] لكن ضررها متعد للوارث، فانتقلا إليه بهذا السبب، فهذا ضابط ما ينتقل للوارث، وما لا ينتقل، فليس كل حق مات عنه ينتقل.

فرع: في الكتاب: حد القذف والخمر على العبد: أربعون، نصف حد الحر، وحده في الزنى: خمسون؛ لقوله تعالى ﴿فَمَلَّيْنِ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥].

قال ابن يونس: قال محمد: إن أقيم عليه حد العبد، ثم علم أنه حر حيثئذ - كمل حد الحر.

(١) في أ: حرين.

(٢) في أ: ولا فيه من اللنا.

فرع: فى الكتاب: إذا قال المشهود عليه: الشهود عبيد، صدق الشهود فى الحرية؛ لأنها الأصل، وكذلك القاذف يقول: المقدوف عبد، فإن ادعى بينة قريية: أمهل، وإلا جلد، وإن أتى بها بعد ذلك: زالت عنه جرحه الحد، ولا أرش له فى الضرب.

فرع: فى الجواهر: إذا ادعى عليه، وأقام^(١) شاهدًا أنه قذفه: أحلفه، فإن نكل: حبس أبدًا حتى يحلف، [و] اتفق مالك وأصحابه: أنه يحبس أبدًا، قاله محمد. وفى النوادر: فى الموازية: وإن طال سجنه: خلى، قال أصبغ: ويؤدب إذا خلى إن كان يعرف بأذى الناس، وإلا فأدبه حبسه، ولا يؤدب مستوجب الأدب إلا بعد الإياس من يمينه، وتوقف ابن القاسم فى التأديب.

فرع: فى النوادر: إن أقام القاذف شاهدين أن الوالى ضربه فى الحد فى الزنى: لم يسقط الحد عنه، وحد الشاهدان معه، ولا تنفعه إلا أربعة على رؤية الزنى. قال: إن قال للمنبوذ^(٢): يا ولد زنى أو يابن الزانية: لا يحد؛ لأنه ليس له نسب يتفى عنه، ولا أمه معلومة، فيحد لها، بخلاف: يا زان.

فرع: قال فى الموازية: إن قذف الغريب: فعليه إقامة البينة على نسبه إلا أن يطول الزمان، ويتشتر عند الناس، ويعرف به، فيحد قاذفه.

قال مالك: والناس على أنسابهم لأنهم حازوها، وعرفوا بها كالأملأك، ومن ادعى غير ذلك كلف البينة وإلا حد.

وفى العتبية: إن قال: يابن الزانية، للغريب الذى لا تعرف أمه، وهو مسلم: حد قاذفه.

قال: وقد يقدم الرجل من خراسان، ويقيم السنين، فيحد قاذفه، ولا يكلف بينة أن أمه حرة مسلمة.

فرع: قال ابن القاسم: المعتقد فى الوصية المأمونة يقذف قبل تنفيذه من الثلث: لا حد له. ثم رجع إلى الحد إن أمن المال، ويرث، ويورث، والأمة الحامل من سيدها يموت سيدها قبل الوضع، ولم تكن ولدت منه قبل ذلك: لم يختلف قول

(١) فى أ: وتولم.

(٢) فى ط: المولود.

مالك: أنه يحد قاذفها، ولم يراع أن الحمل ينقص.
 فرع: قال: إذا أخذ في الزنى، أو الفرية، أو الخمر، فقال: أنا مملوك: إن كان محصناً رجم في الزنى، وجعل عليه حد المملوك في الفرية، والخمر؛ لأنه لا يتهم في رق نفسه.

وقال محمد: إن أقر بالرق لرجل حاضر، أو قريب الغيبة: سئل من أقر له، فإن ادعاه: لم يحد في الجلد إلا في حد العبد، وأما الزنى، والقطع، والقتل: فلا يسقط إلا بالبينة؛ لأن الأصل: الحرية.

فرع: قال ابن القاسم: إن قال لعبده، أو أجنبي: قل لفلان: إن فلاناً يقول لك: يابن الفاعلة، ففعل: حد الأمر دون المأمور، وإن قال له: اقذف فلاناً، يعنى العبد: يحد مع السيد و [قيل]^(١) يحد الحر دون الأمر؛ لأنه غير منحكم له.

وفى الواضحة: يحد السيد والعبد أمره بالقذف أو بقوله له: يابن الفاعلة.

وإن قال لأجنبي: قل له: يا ابن الفاعلة: حدا معاً.

قال ابن حبيب: وهو أحسن ما فيه، وفيه خلاف.

وفى الموازية: إن حمل لرجل كتاباً فيه: يابن الفاعلة، فدفعه إليه: حد، إن علم ما فيه؛ لأنه تعريض بالقذف.

فرع: قال: كان مالك إذا سئل عن حد أسرع الجواب، وساس به، وأظهر السرور بإقامة الحد.

وقيل: لحد يقام بأرض خير لها من مطر أربعين صباحاً^(٢).

فرع: فى المقدمات: فى ثبوت القذف بشهادة النساء، والشاهد مع اليمين: خلاف جار على الخلاف فى شهادتهن^(٣) فى جراح العمد، وفى القصاص باليمين مع الشاهد، والاتفاق فى اللفظ، دون المواطن: جازت الشهادة اتفاقاً، و[إن]

(١) سقط فى ط.

(٢) أخرجه - بإسناد ضعيف - ابن ماجه (٢٥٣٧) من حديث ابن عمر مرفوعاً، بلفظ: (إقامة حد من حدود الله خير من مطر أربعين ليلة فى بلاد الله عز وجل). وأخرجه عن أبى هريرة - مرفوعاً - بإسناد ضعيف: وأحمد (٣٦٢/٢) و (٤٠١)، والنسائى (٧٥/٨)، وابن الجارود (٨٠١) وأخرجه موقوفاً عنه: النسائى (٧٦/٨).

(٣) فى أ: شهادتين.

اختلف اللفظ والمعنى، واتفق ما يوجب الحكم كشهادة أحدهما بالقذف، والآخر بنفى النسب ردت على الشهود، أو اختلف الجميع: لم يأتوا، اتفاقاً.

فرع: قال مالك، وأكثر أصحابه، و (ح) إن شهادة القاذف جائزة حتى يحد؛ لأن الله - تعالى - قال ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شَهَدَةٍ فَلَمَّا جَاءُوا ثَلَاثِينَ جَلْدَهُ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] فرتب عدم القبول على عدم الإتيان بالشهادة، وإذا لم يحد فهل تتأتى منه إقامة الشهادة.

وقال (ش) وعبد الملك: لا تقبل؛ لأنه قبل الحد شر منه بعده؛ لأن الحد كفارة له، وإذا تاب قبلت عند مالك و (ش)، ومنعها (ح)؛ لقوله تعالى ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤] والاستثناء فى قوله تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور: ٥] يعود على التفسير دون قبول الشهادة، وهو باطل؛ لأن سبب الرد التفسير، إذا زال قبلت.

* * *

الباب الثالث

فى التعزير

وفى الجواهر: والنظر فى موجه، وجنسه، ومستوفيه.
 أما موجه: فهو معصية الله - تعالى - فى حقه، أو حق آدمى.
 وأما قدره فلا حد له، فلا يقدر أقله، ولا أكثره، بل بحسب اجتهاد الإمام على قدر الجنائية، و [لا] يلزم الاقتصار على ما دون الحد، ولا له النهاية إلى حد القتل.
 وأما جنسه: فلا يختص بسوط، أو حد أو حبس^(١)، أو غيره، بل اجتهاد الإمام.
 وكان الخلفاء المتقدمون يعاملون بقدر الجانى والجنائية: فمنهم من يضرب، ومنهم من يحبس، ومنهم من يقام على قدميه فى تلك المحافل، ومنهم من تنزع عمامته، ومنهم من يحل إزاره، ويعتبر فى ذلك قول القائل، والمقول له، والمقول: فإن كان القائل ممن لا قدر له، أو عرف بالأذى والمقول له من أهل [القدر] فعقوبته أشد، أو من أهل الخمر: فعقوبته أخف، إلا أن تخف الجنائية جدًا، فلا يعاقب، ويزجر بالقول إن كان القائل ممن له قدر معروف بالخير، والمقول له على غير ذلك: زجر بالقول.

قال مالك: قد يتجافى السلطان عن الفلته من ذوى المروءة.
 وفى الكتاب: إن قال: يا سارق: نكل، أو قال: سرق متاعى، والمقول فيه يتهم: فلا شيء عليه، وإلا نكل، وإن ناداه: يا شارب الخمر، ونحوه: نكل أو يا برنون أو يا حمار، أو بما يؤذيه: نكل، ويجوز العفو والشفاعة فى النكال، وإن بلغ الإمام؛ لأنه حق لآدمى صرف.

قال مالك: إذا انتهى للإمام، والجانى من أهل العفاف والمروءة، ووقع ذلك منه فلته: (٢) تجافى الإمام عنه، أو من أهل الأذية: فلا يقله ولينكله.
 قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر هذه الإطلاقات يقتضى: أن التعزير واجب إذا قام به صاحبه، وإن لم يطالب لم يعزر، ولم يفصل أصحابنا بين حق الآدمى، وغيره؛ بل

(١) فى أ: يسود، أو بد أو حسن.

(٢) فى أ: أو بملته، أو بجملته.

أطلقوا عدم الوجوب عند عدم القيام، وينبغي التفصيل [فى ذلك].
 فرع: قال: والمعتبر فى الدفع: القرآن، والعلم، والآداب الإسلامية، وفى
 الزناة: الجهل، قاله الأستاذ أبو بكر.

وأما المستوفى للتعزير: فهو الإمام، والأب، والسيد، ويؤدب الصغير دون
 الكبير، ويؤدبه معلمه وصاحبه. ويعزر السيد فى حقه، وحق الله - تعالى - والزوج
 فى النشوز، وما يشبهه مما يتعلق بمنع حقه؛ لأن التعزير لو جعل لعامة الناس لأدى
 لتواثب السفهاء^(١) للأذية، وكثرة الهرج والفتن. والتعزير جائز بشرط سلامة العقوبة
 فإن سرى: ضمنت عاقلته، بخلاف الحد؛ لأن التعزير باجتهاد.

والحد مقدر لا مدخل له فيه، فلو لم تترك المرأة النشوز إلا بضرب مخوف: لم
 يجز تعزيرها أصلاً.

تنبيه^(٢): قال إمام الحرمين: متى كان الجانى يتزجر بالكلمة، أو بالضربة
 الواحدة: لم تجز الزيادة؛ لأن الأذية مفسدة يقتصر منها على ما يدرأ المفساد، وإن
 كان لا يتزجر بالعقوبة اللاتقة بتلك الجناية، بل بالمخوفة: حرم تأديبه مطلقاً، أما
 اللاتق به: فإنه لا يفيد، فهو مفسدة بغير فائدة، وأما الزائدة المهلكة فإن سببها لم
 يوجد، والصغار والكبار فى تلك سواء.

[فرع]^(٣): فى الموازية: قال محمد: إذا بلغ التعزير قدر الحد: ضرب عرياناً.
 تنبيه: قال (ح): لا يجاوز به أقل الحدود، وهو أربعون حد العبد، بل ينقص منه
 سوط.

والتعزير واجب، لا يجوز للإمام تركه إلا إذا غلب على ظنه أن غير الضرب
 مصلحة، من الملامة والكلام.

وعند (ش) قولان فى المجاوزة به، وهو عنده غير واجب على الإمام، إن شاء
 أقامه، أو تركه.

لنا: فى المسألة قضاء الصحابة رضى الله عنهم .
 زور معن بن زائدة كتاباً على عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - ونقش خاتمه

(١) فى ط: الشفعاء.

(٢) فى أ: فرع.

(٣) سقط فى أ.

مثل نقش خاتمه، فجلده مائة، فشفع فيه، فقال أذكروني الطعن، وكنت ناسياً، فجلده مائة أخرى، ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى.

وكان رجل يأتي الناس في أسواقهم، ومجالسهم، فيقول: ﴿وَالَّذِينَ ذَرَأُوا﴾ [الذاريات: ١]، ويقول: ﴿وَالَّذِينَ عَزَّوْا﴾ [النازعات: ١] ما الذاريات، ما النازعات، ما الفارقات، ما الحاملات، ما الذاريات؟ وكان يتهم بالحرورية فكتب أبو موسى إلى عمر - رضى الله عنهما - فيه، فأمر بإقدامه عليه، فقال له عمر: عم تسأل، تسأل عن الذاريات، والنازعات؟ فضربه عمر - رضى الله عنه - بجريد النخل حتى أدمى جسده كله، ثم حبسه حتى كاد يبرأ، فضربه، وسجنه - فعل ذلك به مراراً، فقال: يا أمير المؤمنين، إن كنت تريد قتلى فأوجز، وإن كنت تريد الدواء، فقد بلغ منى، فأطلقه، وأمره ألا يجالس أحداً، إلى أن كتب إليه أبو موسى: أنه قد حسن حاله، فأمر بمجالسته، ولم ينكره أحد من الصحابة، فكان إجماعاً.

وقتل رجل عبداً في زمان النبي ﷺ، فأمر به، فجلد مائة جلدة، وقال: لا تقبلوا له شهادة، ولأن الله - تعالى - جعل الحدود مختلفة بحسب الجنایات: فالزنى أعظم جنایة وعقوبة من القذف، والسرقة أعظم منهما، والحراة أعظم من الكل، فوجب أن تختلف التعازير، وتكون على قدر الجنایات في الزجر، وإذا زادت على موجب الحد زاد التعزير.

احتجوا بما في الصحيحين: قال - عليه السلام - : «لَا يُجْلَدُ فَوْقَ عَشْرِ جَلْدَاتٍ فِي غَيْرِ حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى»^(١).

واحتج (ش) بأن رسول الله ﷺ لم يعزر الأنصارى لما قال له: «أن كان ابن عمك - يعنى الزبير . . .»^(٢) الحديث، ولأنه غير مقدر فلا يجب كضرب الأب، والمعلم، والزوج.

(١) من حديث أبي بردة بن نيار: البخارى (١٨٢/١٢) حديث (٦٨٤٨)، وأبو داود (٥٧٣/٢) (٤٤٩١)، والترمذى (٥١/٤) حديث (١٤٦٣)، وابن ماجه (٨٦٧/٢) حديث (٢٦٠١)، وأحمد (٤٦٦/٣)، والدارمى (١٧٦/٢)، والطحاوى فى مشكل الآثار (١٦٤/٣)، وابن الجارود (٨٥٠).

(٢) أخرجه البخارى (٤٢/٥) حديث (٢٣٥٩-٢٣٦٠)، ومسلم (١٨٢٩/٤) حديث (١٢٩/٢٣٥٧)، وأبو داود (٣٣٩/٢) حديث (٣٦٣٧)، والترمذى (٦٤٤/٣) حديث (١٣٦٣)، وابن ماجه (٧/١)، وأحمد (٤/٤).

والجواب عن الأول: أنه خلاف مذهبكم؛ لأنكم تزيدون على العشر، أو لأنه محمول على اتباع السلف، كما قال الحسن: إنكم لتأتون أموراً هي في أعينكم أدق من الشعر، إن كنا لنعدها من الموبقات، فكان يكفهم قليل التعزير، ثم تتابع الناس في المعاصي حتى زوروا خاتماً على خاتم عمر، ولذلك قال عمر بن عبد العزيز: تحدث للناس أفضية على قدر ما أحدثوا من الفجور، ولم يرد نسخ حكم، بل المجتهد فيه يستقل فيه بالاجتهاد.

وعن الثاني: أنه حقه - عليه السلام - فله تركه، أو لأن تلك الكلمات كانت تصدر - ولم يقصد بها الاهتزام - من جفاة^(١) الأعراب.

وعن الثالث: أنه ينتقض برياضه الدابة إذا استؤجر عليها، وقد يجب غير المقدر^(٢)، كنفقات الزوجات، والأقارب، ونصيب الإنسان في بيت المال غير مقدر يجب^(٣).

فري: في النوادر: قال مالك: إن شتمه جده، أو عمه، أو خاله: فلا شيء عليه إن كان تأديباً، ولم ير الأخ مثلهم.

[فائدة]^(٤) التعزير: قيل: لفظ مشترك بين الإهانة، والإكرام؛ لقوله - تعالى - ﴿لَتُؤْمِنُوا بِأَلْحَقِ رَسُولِهِ وَتُؤْمِرُوهُ﴾ [الفتح: ٩] وقيل بل معناه المنع، فتعزير الجنة: منعهم من العود إلى الجنايات، وتعزير رسول الله ﷺ: منعه من المكروه. الجناية [الخامسة]^(٥):

الحراية والنظر في صفة المحاربين، وفي أحكامهم

النظر الأول: في صفتهم:

وفي الجواهر: المشتهر بالسلاح لقصد السلب محارب، كان في مصر أو قفر، له شوكة أم لا، ذكراً أو أنثى، ولا تتعين آلة مخصوصة: جبل، أو حجر، أو خنق باليد، أو بالفم، وغير ذلك، وهو محارب وإن لم يقتل، وكل من قطع الطريق،

(١) في أ: خفاء.

(٢) في أ: المقدر.

(٣) في أ: فيجب.

(٤) سقط في أ.

(٥) بياض في أ.

وأخاف السبيل فهو محارب، أو حمل السلاح بغير عداوة، ولا نائرة^(١)، وكذلك قتل الغيلة، بأن يخدع رجلاً، أو مشى حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه، وإن دخل داراً بالليل، فأخذ مالاً مكابرة، ومنع الاستغاثة فهو محارب، والخناق وساقى السم لأخذ المال محارب، وكل من قتل أحد على ما معه فهو محارب، فعل ذلك بحر أو عبد، مسلم أو ذمي.

وفى الكتاب: إذا قطع أهل الذمة الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون، وإن خرج تجار^(٢) إلى أرض الحرب، فقطع بعضهم الطريق على بعض يبلى الحرب، أو قطعوها على أهل ذمة دخلوا إلى أرض الحرب بأمان، فهم محاربون، ومن دخل عليك دارك، ليأخذ مالك فهو محارب.

تمهيد: فى التبيهاات: أخذ المال حراماً عشرة أضرب: حرابة: إن أخذه بمكابرة، ومدافعة.

وغيلة^(٣): أخذه بعد قتل صاحبه بحيلة مهلكة، ليأخذ ماله: من إلقائه فى مهواة، أو نحوه.

وغصب: وهو أخذ ذوى القدرة، والسلطان ممن لا قدرة له على دفعه وقهره، وهو نحو الغصب. وخيانة: أخذه من الودائع ونحوها.

وسرقة: أخذه من غير أمانة على الإخفاء من حرزه، واختلاس وهو أخذ السارق، وأهله يعلمون.

وخديعة: بأن يأخذه باختيارك، وإيهام وتعد كالمستأجر يتجاوز المسافة، والمقدار المستأجر عليه، وجحد فى الديون ونحوها، واسم الغصب يطلق^(٤) على ذلك كله فى اللغة، ولكل واحد منها حكم فى الشرع على حياله.

وفى الموازية: إن سقى السكران إنما يكون محاربة إذا كان ما سقاه يموت منه. قال ابن يونس فى العتبية: إذا لقيه عند العتمة فى المسجد، أو خلوة، فنشر ثوبه،

(١) فى أ: فائدة.

(٢) فى ط: خرجوا تجاراً.

(٣) فى أ: غلبة.

(٤) فى أ: ينطلق.

أو^(١) نزعه منه: لا قطع عليه إلا أن يكون محارباً؛ لأنه مختلس، ولا قطع على مختلس.

قال اللخمي: قال أصبغ: إذا قعد اللصوص بقوم، فعلم بهم الإمام، فأخذهم قبل أن يعلم بهم من قعدوا له، ولم يتقدم منهم تلصص: فليسوا محاربين، فإن علموا بهم، فامتنعوا من تلك الطريق، خوفاً منهم: فهم حيثنذ قطاع الطريق، يجري فيهم حكم المحاربين، وإن أخذوا المال بالقوة بغير سلاح، ولا يخشى منهم قتال، أو منعوهم: فهم غصاب غير محاربين، إلا أن يكون تقدم منهم خوف. وإن أخذوا بالقهر، ثم قتلوا خوف أن يطلبوا: ليسوا بمحاربين، بل مغتالون، وإن سأله طعاماً، فأبى، فكتفه، ونزع منه الطعام وثوبه: قال مالك: محارب، وهو ممن يضرب وينفى.

والمحارب في المدينة محارب عند ابن القاسم؛ لصدق الاسم، دون عبد الملك، فإنها إنما يكون فيها الغصب، وكذلك القرية، إلا أن يكونوا جماعة يريدون القرية كلها عناداً وإعلاناً: فهم محاربون، ولو علم بالسارق بعد أخذ المال سرّاً، فقاتل حتى نجا به فهو سارق، وله قتاله ليدفع عن نفسه، وإن علم به قبل أخذه، فقاتل حتى أخذه: فهو محارب عند مالك، دون عبد الملك.

فرع: في النوادر: من سماع ابن القاسم: إن قطع الطريق لا لطلب مال، ولا عداوة، ولا نائرة، ولا بدين، قال: أمنع هؤلاء يمشون [إلى]^(٢) مكة أو^(٣) الشام: فهو محارب؛ لأنه قطع الطريق، وأخاف السبيل.

النظر الثاني: في أحكامهم

قال الله - تعالى - : ﴿مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا يَغْتَرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] فجعل - تعالى - الفساد في الأرض كالقتل في وجوب القتل، وبين الفساد، فقال: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ

(١) في ط: و.

(٢) سقط في ط.

(٣) في أ: أم.

وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِّنَ الْأَرْضِ^(١) [المائدة: ٣٣] فمحرابة^(١) الله ورسوله: إخافة السبيل، وهو السعى فى الأرض فسادًا. فكررت الحرابة بلفظين تأكيدًا. فرع: فى الجواهر: قال مالك: جهادهم جهاد، ونناشد المحارب الله - تعالى - ثلاث مرات، فإن عاجله قاتله.

وقال عبد الملك: لا يدعه، وليبادره^(٢) إلى القتال. قال مالك: يدعوه إلى التقوى، فإن أبى قاتله، وإن يطلب مثل الطعام وما خف، فليعطوه، ولا يقاتلوه؛ لأنه أخف مفسدة. قال سحنون: أرى ألا يعطوا شيئًا وإن قل، ولا يدعوا، وليظهر لهم الصبر، والجلد، والقتال بالسيف، فهو أقطع لطمعهم.

فرع: فى الكتاب: من حارب من الذمة، أو المسلمين، وأخافوا السبيل، ولم يأخذوا مالًا، ولم يقتلوا: خير الإمام بين القتل، والقطع، ورب محارب لم يقتل أعظم فسادًا فى حرايه ممن قتل، فإذا نصب، وعلا أمره، وأخاف، وحارب، ولم يقتل، وأخذ المال، أو لم يأخذ: خير فى قتله، أو قطع يده ورجله، ولا يجتمع مع القتل قطع،^(٣) ولا ضرب، ولا يضرب إذا قطعت يده ورجله، ولا يستوى المحاربون: منهم من يخرج بعضا، فيؤخذ على تلك الحال بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل، ولا أخذ مالًا: فيكفى الضرب، والنفى والسجن فى الموضع الذى نفى إليه، ولا يجوز العفو عنه؛ لأنه حق لله تعالى.

ونفى عمر بن عبد العزيز محاربًا من مصر إلى شفت، وينفى من المدينة إلى فذك وخيبر، ويسجن هناك حتى تعرف توبته.

فإن قتل، وأخذ المال، وأخاف السبيل: قتل، ولا تقطع يده ورجله. والصلب مع القتل، فيصلب حيًا، ثم يطعن بالحربة، والعبد مثل الحر، غير أنه لا ينفى لحق سيده فى خدمته.

وفى المقدمات: معنى قول مالك فى التخيير: أنه يفعل ما هو أقرب للصواب، فذو الرأى يقتله؛ لأن القطع لا يدفع مضرة، وذو القوة - فقط - يقطعه من الخلاف؛

(١) فى أ: فحاربه.

(٢) فى ط: وليبادر.

(٣) فى أ: قتل.

لأن ذلك ينفي ضرره، وإن لم يكن على هذه الوجوه، وأخذ عند خروجه، فالضرب والنفي، ليس معناه أنه يتخير بهواه.

ومتى قتل فلا بد من قتله، وينحصر التخيير في قتله، وصلبه، وقطعه.
وقوله في الكتاب: إن نصب نصبًا شديدًا، أو علا أمره، وطال زمانه: فإنه يقتل:
لا ينبغي أن يؤخذ إلا بالقتل.

وخالفنا الأئمة، فقالوا: الآية للترتيب، فلا يقتله إذا لم يقتل، ولا يقطعه إذا لم يأخذ المال، فإن قتل، وأخذ المال: خيره (ح) بين القتل فقط، أو مع القتل^(١)، ولا يصلب، أو يجمع بين القتل والصلب.

وقال (ش): يتعين القتل، والصلب؛ لأنه يأتي على القطع، وإن لم يقتل، ولا أخذ المال: تعين النفي، ويقدر الشريط [مكرراً]^(٢) في الآية.

معناها عندهم: أن يقتلوا إن قتلوا، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال، أو ينفوا إن لم يفعلوا شيئاً من ذلك.

وقال (ح): نفيه: حبسه ببلده حتى تظهر توبته، وهو مروي عن مالك.

وقال (ش): نفيه أن يطلبه الإمام أبداً، وهو يهرب من موضع إلى موضع.

لنا: أن الأصل: عدم الإضمار، وإرادة الحقيقة، وهي التخيير الذي هو مسمى.

واحتجوا بما في الصحيح: قال - عليه السلام - : لَا يَجِلْ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِأَخَذِي ثَلَاثَ: كُفْرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ، أَوْ زَنَى بَعْدَ إِخْصَانٍ، أَوْ قَتَلَ نَفْسَ^(٣).

ولم توجد في المحارب، فلا يقتل، ولأنه سبب واحد، فلا تتعلق به عقوبتان، كالقتل والسرقة، ولأن الله - تعالى - شرط في الآية محاربة الله ورسوله مع الحراية، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، ولأن عادة الله - تعالى - في التخيير: البداية بالأخف، كما في كفارة اليمين، وفي الترتيب: بالأشد، نحو كفارة الظهار، وقد بدأ ههنا بالأشد، فتكون للترتيب، ولأن الأصل: أن عظم العقوبة يتبع عظم الجناية، فلا يترتب القتل إلا حيث القتل.

والجواب عن الأول: أنه عام، والآية خاصة، فيقدم عليه.

(١) في ط: القطع.

(٢) سقط في ط.

(٣) تقدم.

وعن الثاني: أنا لم نعلق بالسبب الواحد عقوبتين، بل صفة^(١) كل محارب إلى عقوبة واحدة، والحراية من حيث هي حراية لها عقوبة واحدة، وهى الضرب والنفى، كالزنى.

وعن الثالث: أن محاربة الله - تعالى - محال فيتعين صرفها لمعصيته بالفساد فى الأرض، ويكون المعنى واحدًا، كقوله - تعالى - : ﴿إِنَّمَا أَشْكُوا بِنِّى وَخُزِّى إِلَى اللَّهِ﴾ [يوسف: ٨٦] والحزن: البث، ﴿عَبَسَ وَتَنَبَّرَ﴾ [المدثر: ٢٢] ومعناها واحد، وهو فى اللغة يدل على اهتمام المتكلم به.

وعن الرابع: أن المستند فى الترتيب: أن يذكر بصيغة «إن»، والتخير: بصيغة «أو»؛ لكونه^(٢) أشد، وأضعف، وقد وجدت «أو» ههنا، فتكون للتخير، وإنما بدأ ههنا بالأشد؛ إشارة إلى عظم رتبة الحراية فى الجنایات.

قاعدة: للتخير فى الشريعة أربعة معان:

المباح المطلق: كالتخير بين أكل الطيبات، ولبس الثياب.

والواجب المطلق: كتصرفات الولاية، فمتى قلنا: الإمام مخير فى صرف بيت المال، وفى أسارى العدو، أو التعزير، أو المحاربين فمعناه: أن ما يتعين سببه برجحان مصلحته، وجب عليه، وحرم عليه غيره، فهو أبدًا ينتقل من واجب [إلى واجب]،^(٣) ويشبه أن يخرج على هذه القاعدة تخيير الساعى بين أربع حقائق، وخمس بنات لبون، ولا يتوقف أخذه لأحدهما على رجحان مصلحته؛ لوجوب السبب الواحد المقتضى لهما، وهو الملك الحاضر من الإبل، ويحتمل أنه يجب عليه ألا يأخذ إلا الأرجح للفقراء، إلا أن بذل النصيحة للأمة واجب على الأئمة ونوابهم، ولا يأخذ شيئًا دون السن الواجب مع دراهم أو عرض، إلا أن يكون أرجح للفقراء؛ لأن السبب إنما اقتضى السن المتروكة.

والثالث: التخير بين واجب من وجه، ومباح من وجه: نحو كفارة اليمين، خير بينها، وكل واحد واجب من حيث إنه أحد الخصال، ومباح من وجه، نحو كفارة

(١) فى أ: سقة.

(٢) فى أ: لا كونه.

(٣) سقط فى أ.

اليمين من جهة خصوصه، وقد يكون خصوص العتق أو الطعام مندوبًا، فيكون التخيير بين الواجب والمندوب، لا على معنى ترك الواجب، بل المخير بينها واجبة من جهة عمومها، لا من جهة خصوصها، بخلاف تخيير الولاة يقع أبدًا في واجب بخصوصه وعمومه فيما يعينه سببه، وفي القسم، أو المباح بخصوصه وعمومه.

الرابع^(١): بين الواجب، والمكروه: كتخيير المسافر بين القصر، والإتمام، والقصر واجب، والإتمام مكروه على المشهور، والتخيير بين الصوم، والفطر: تخيير بين شهر الأداء، وشهر القضاء، فالواجب أحد الشهرين، فهو من باب خصال الكفارة، وكذلك الجمعة في حق العبد، والمسافر، والمرأة.

وإن قلنا: القصر ليس مستحبًا: خير بين الواجب الذي هو القصر، والمباح الذي هو الإتمام، والفرق بين خصال الكفارة، والقصر، والإتمام: أن القصر الذي هو الركعتان لا بد منهما إجماعًا، وإنما خير بين أن يزيد عليهما أم لا، فالخصوص واجب في الركعتين، وليس واجبًا في خصلة من خصال الكفارة.

وهذه قاعدة في التخيير أبدًا بين سببين: أحدهما جزء الآخر، كتخيير الله - تعالى - رسوله ﷺ في قيام الليل بين ثلثه، ونصفه، وثلثيه، فالثلث لا بد منه، وما زاد مندوب، والتخيير واقع فيه بين واجب، ومندوب، وبهذه القواعد [والتنبيهات]^(٢) يظهر بطلان من يقول: التخيير لا يقع إلا بين متساويين، وإن التخيير يقتضى التساوى.

فروع: قال ابن يونس: النفي عند مالك يوم وليلة؛ لنهيه - عليه السلام -: «أن تسافر المرأة يومًا وليلة إلا مع ذى محرم منها» قاله بعضهم.

ولا نفى على النساء؛ لما تقدم في باب الزنى. ويكتب للوالى بحبسه بذلك الموضع حتى يتوب من غير تحديد، بخلاف الزنى، ونفقتهما في حملهما من أموالهما، وقاتل النفس يجبس في موضعه.

في المقدمات: قال ابن القاسم: يصلب حيًا، ويقتل في الخشبة، يسيل دمه مربوطًا عليها.

(١) في ط: الدائر.

(٢) سقط في أ.

من قولهم: بحر^(١) مصلب إذا كان شعره^(٢) سائلاً.
وقال أشهب: يقتل قبل الصلب، ثم يصلب، فالتخير واقع في صفة قتله، لا بين قتله وصلبه، فعلى رأى أشهب: يصلى عليه قبل الصلب، ويختلف في الصلاة عليه على مذهب ابن القاسم:
فقال عبد الملك: ليرك على الخشبة حتى تأكله الكلاب، ولا يمكن من الصلاة عليه.

وعنه: يصلى خلف الخشبة، ويصلى عليه مصلوباً.
وقال سحنون: ينزل من عليها، ويصلى عليه؛ لأنها سنة الصلاة.
وفى إعادته لها؛ ليرتدع المفسدون قولان.
وقال (ح): يترك ثلاثة أيام، وينزل؛ جمعاً بين المصالح، وقد توفى معنى النص، والزيادة مثله منهي عنها، والقطع في اليد اليمنى والرجل اليسرى، فإن عاد: قطعت يده اليسرى، ورجله اليمنى، فإن كان أشل اليمنى، والرجل اليسرى، أو مقطوعهما: قال ابن القاسم: تقطع يده اليسرى، ورجله اليمنى حتى يكون القطع من خلاف.

وقال أشهب: تقطع يده اليسرى، ورجله اليسرى؛ لأنها المستحقة للحراية.
وفى النفي ثلاثة أقوال:
فعن مالك: السجن، وقاله سفيان.
وقال مالك، وابن القاسم: ينفى إلى بلد أقله مسافة القصر، فيسجن حتى تظهر توبته.

وقال عبد الملك: يطلبهم الإمام لإقامة الحد، فهوربهم منه هو النفي، وإن قدر عليه لا ينفى.

في النوادر: متى قتل قتل بالسيف من غير صلب.
قال اللخمي: يسقط عن المرأة النفي، والصلب.
وعلى قول مالك: إن النفي: الحبس بالبلد، تنفى.

(١) في ط: تمر.

(٢) في أ: سعه.

وعلى المشهور: لا تنفى، قال: وأرى إن وجدت وليًا أو جماعة مرضيين، وقالت: أخرج إلى بلد آخر، فأسجن فيه: أن لها ذلك؛ لأنه أهون عليها من القطع، والقتل.

وحد العبد ثلاثة: القطع من خلاف، والقتل بانفراده، والصلب، والقتل، ويختلف فى نفيه، كما فى المرأة، قال: وأرى إن قال سيده: أرضى بنفيه، ولا يقطع: أن يسوى^(١) بالحر.

والحد أربعة: القطع، والقتل بانفراده، أو القتل والصلب، أو النفى، وهو خلاف ما تقدم.

فى المقدمات: قال: وأما الصبى لم يحتلم، ولم ينبت: فيعاقب، ولا يحد، فإن أنبت الإنابت البين فخلاف فى حده، والمجنون يعاقب للاستصلاح، كما تؤدب البهيمة للرياضة، وإن خف جنونه، حد، وإن حارب وقت إفاقته، ثم جن: آخر حتى يفيق، كالسكران لسكبه^(٢) العقوبة، واختلف قول مالك فى العقوبات الأربع: هل هى على التخيير فى المحارب الواحد، أو كل محارب تتعين له عقوبة؟ ويجتهد الإمام فى ذلك إذا عظم فساد، وأخذ المال، وقال أشهب: إن أخذ بالحضرة، ولم يأخذ مالا: يخير فيه بين القتل، والقطع، والنفى، وكذلك إذا عظم أمره، وأخذ المال، فإن قتل تعين القتل، لقوله - تعالى - : ﴿الْأَنْفُسَ بِالْأَنْفُسِ﴾ [المائدة: ٤٥] وخير أبو مصعب فيه، وإن قتل؛ لظاهر الآية، ويقتل المحارب بالسيف، أو الرمح بغير تعذيب، ولا يرمى بشيء من عال، ولا حجارة، وإن رأى صلبه: صلبه قائما لا منكوسا، وتطلق يده، وإن لم تطلق فلا بأس.

قال: وظاهر القرآن: أن الصلب قائم بنفسه، وروى عن مالك ذلك، والمذهب: أنه مضاف للقتل، وليس يصلب، ولا يقتل، فلو حبسه الإمام ليصلبه، فمات: لم يصلبه، ولو قتله أحد فى الحبس، فله صلبه؛ لأنه بقية حده.

وقال سحنون: إذا صلب، وقتل: أنزل من ساعته، وصلى عليه، ودفن، وإن رأى الإمام إعادته بعد الصلاة للخشبة لمزيد فساد: أعاده، وإن كان أقطع الرجل

(١) فى أ: سور.

(٢) فى أ: سكيت.

اليسرى: قطع اليد اليمنى، والرجل اليمنى.

قال محمد: وإن لم يكن له إلا يد، أو رجل، أو يدان: قطعت اليمنى وحدها، وعلى هذا، إن لم يكن له إلا رجلان: قطعت اليسرى وحدها، والضرب مع النفي استحسان؛ لأنه زيادة على النص، وليس له حد، بل بحسب الحال، ولا تقبل توبته في السجن بمجرد الظاهر؛ لأنه كالمكره بالسجن، بل تعتمد على القرائن، فإن علمت توبته قبل طول السجن لم يخرج؛ لأن طول السجن حد.

قال ابن القاسم: والنفي - عندنا - إلى أسوان، قال: ويضيق عليه في السجن، فلا يدخل إليه إلا وقت طعامه، قال: وأرى إن عوقب بالنفي، ثم عاد: حد بالقطع، أو القتل؛ لأن النفي لم يزره، وإن عاد بعد القطع إلى الأمر الخفيف، ورجى في نفيه صلاحه: فعل^(١) ذلك، أو متماديًا على حرابته: فالقطع، أو القتل، وإن قطع في الثالثة [قتله في الثالثة]^(٢)، أو أبقاه^(٣) إن ضعف شره. ومتى رجا صلاحه بغير القتل لم يقتل. فرع: في الكتاب: قليل المال دون ربع دينار مثل كثيره في قطع الطريق على مسلم، أو ذمي.

فرع: قال: إن تاب قبل القدرة عليه سقط الحد دون حق الآدمي في نفس، أو جرح، أو مال، وللأولياء العفو، أو القتل فيمن قتل، وكذلك الجراح، فإن كانوا جماعة قتلوا رجلًا، ولى أحدهم قتله، وأعانه الباقيون: قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا: فللولى ما تقدم من العفو والقصاص، ويأخذ الدية بما^(٤) شاء.

وقد قتل عمر - رضى الله عنه - ربيثة^(٥)، كان ناطورًا للباقيين. فإن ولى أخذ المال، والباقيون له قوة واقتسموه، وتاب بعض من لم يل أخذ المال: ضمن جميع المال، وإن تابوا معدمين فهو دين عليهم، وإن أخذوا قبل التوبة، وحدوا: أخذت أموال الناس من أموالهم، وإن لم يكن له مال: لم يتبعوا كالسرقة، ويمتنع عفو الأولياء - في الدماء، والأموال، وعفو الإمام، إذا أخذوا قبل التوبة، وتحرم

(١) في ط: نفذ.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: أو نفاه.

(٤) في ط: متى.

(٥) في أ: رسه.

الشفاعة؛ لأنه حد بلغ الإمام، وإن تابوا قبل القدرة عليهم، وقد قتلوا ذمياً: فعليهم ديته لأوليائه؛ لأنه لا يقتل مسلم بدمي، وإن كان ذمياً: أقيد منه، وتعرف توبة المحارب الذمي بترك ما كان فيه قبل القدرة عليه، وإن كان في الذمة نساء: فهن كالرجال، ولا يكون الصبي محارباً حتى يحتلم.

قال ابن يونس: قوله: أخذت أموال الناس من أموالهم: يريد: إن كان يسرهم متصلاً من يوم أخذ المال، فإن لم يكن يومئذ: قال: لم يتبعوا بشيء، كالسرقة. قال اللخمي: يسقط [الحد]،^(١) لقوله - تعالى - : ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] والأحسن - عند مالك - في توبة المحارب: أن يأتي السلطان، وتصح عند جيرانه باختلافه للمسجد حتى تعرف توبته.

وقال عبد الملك: لا يكون إتيانه للسلطان تائباً توبة؛ لقوله - تعالى - : ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ فإن امتنع بنفسه حتى أعطى الأمان: فليل، ينفعه، كالكافر؛ وقيل: لا ينفعه، كالمرتد، ولا بد من حق الله عز وجل .

ولا يكون الأمان توبة، وإن سأل؛ لأن تأمين الكافر ليس إسلاماً، فإن قال الوالي لأحدهم: لك الأمان على أن تخبرني ما صنعتكم، ومن كان معكم، لا يؤاخذ بإقراره، قاله أصبغ.

قال: وأرى أن يلزمه إقراره؛ لأنه ليس مكرباً، وإذا تاب - وهو عبد - وعفا الأولياء: فهي جناية في رقبته.

وإن خرج المحارب لم يقتص منه، وإنما هو قطع، أو قتل، وكذلك إن قتل، ليس للمولى عفو، ولا قود، بل الإمام يقيم الحد، وإن رأى الإمام ألا يقتلهم، ومكن أولياء المقتول منهم، فعفوا بعد ذلك، واقتص منهم، وهذا إذا قتلوا حراية، وأما غيلة: فينفذ العفو عند ابن القاسم على مال، وغير مال، ولا ينقض الحكم؛ لأنه موطن خلاف.

وعن ابن القاسم: ذلك في قتل الحراية، ولا ينقض الحكم. وعن أشهب: لا يقتل في الجماعة إلا القاتل، أو معين، أو ممسك أمسه، وهو يعلم أنه يريد قتله، وغيرهم يضرب عليه، ويجبس سنة.

(١) سقط في أ.

وقول عمر - رضى الله عنه - : لو اجتمع عليه أهل صنعاء لقتلتهم، كان فى الغيلة .
وقال عبد الملك : إن كانوا لا يعدون على المال إلا بالكثرة، ضمن بكل واحد
الجميع، أو يقوى عليه الواحد والاثنان، فحصة كل واحد فقط، وإنما فرق بين قتل
القدرة وبعدها؛ لأن قبلها قبول التوبة منه ترغيب له، وحسم لفساده، وبعدها هو
عاجز، فيؤخذ منه حق الله، وزجرًا لأمثاله .
وعندنا: حقوق الله - تعالى - لا تسقط بالتوبة: كالسرقة، والخمر، والزنى،
وقاله (ح).

وعند (ش) قولان، واشترط فى السقوط مضي مدة تظهر فيها التوبة، ومنهم من
قدرها بسنة، ومنهم من قال: بل مدة لو لم يكن نائبًا فيها لباشر المعصية، وحصل
الاتفاق فى الحرابة قبل القدرة.

لنا: النصوص المقتضية للحدود، وقوله - عليه السلام - فى ما عر: «إنَّه
تَابَ»^(١)، وَرُجِمَ، ولم يوجب - عليه السلام - على راجمه شيئًا، وقال فى
الغامدية: «تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لُفِّرَ لَهُ»^(٢) ورجمها عليه السلام .
وأقول: لو سقط لسقط بالتوبة فى الحال: كالمقذوف والمحارب، لكن المدة
معتبرة، فلا تكون مستقبلة، وقياسًا على القذف. [واحتجوا]^(٣) بالقياس على الحرابة
قبل القدرة، وعلى الردة.

والفرق: أن مفسدتها عظيمة، فرغب فى ترك ذلك بأن جعلت توبتهما تزيل
حدهما؛ ترغيبًا فى التوبة منهما، بخلاف الزنى، والخمر، وأما بعد القدرة فى
الحرابة: فلتعلق حق آدمى بها: كالقذف.

فى المقدمات: فى صفة التوبة ثلاثة أقوال:

أن يترك ما هو عليه، وإن لم يأت الإمام، أو يكفى إلقاء السلاح، ويأتى الإمام
طائعا، قاله ابن القاسم. والثانى: يترك ما هو عليه، ويجلس فى موضعه، وتظهر
توبته لجيرانه، وأما إن ألقى لسلاح، وأتى الإمام وحده، فإنه يقيم عليه حد الحرابة
إلا أن يترك قبل إتيانه ما هو عليه، قاله عبد الملك.

(١) يياض فى أ.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

الثالث: إنما تكون بإتيانه الإمام، فإن ترك ما هو عليه: لم يسقط الحد. وفيما يسقط عنه بالتوبة أربعة أقوال:

الحد فقط، والحد، وحقوق الله - تعالى - من الزنى، والسرقة، والخمر، دون حقوق الناس، ويسقط ذلك مع الأموال إلا ما وجد بعينه رد، ويسقط ذلك مع الدعاء إلا ما وجد بعينه.

تنبيه: اشترك القذف، والحرابة في اشتمالهما على حق الآدمي، لكن في القذف: لمعين، فيمكن من إسقاطه، وفي الحرابة: لعموم المسلمين، فيتعذر إسقاطه بعد القدرة، وغلب قبل القدرة حق الله - تعالى - مع ملاحظة عظم المفسدة، فرغب صاحب الشرع في التوبة.

فرع: في الكتاب: تجوز عليهم شهادة من حاربوه إن كانوا عدولاً يتعذر غيرهم، شهدوا بقتل، أو أخذ مال، أو غيره، ولا تقبل شهادة أحد منهم لنفسه، بل بعضهم لبعض.

قال اللخمي: إن اعترفوا بالحرابة، والمال للرفقة: انتزع منهم، ويأخذ كل واحد ما سلمه له أصحابه، وإن تنازع اثنان: تحالفاً، واقتسماً، فإن نكل أحدهما: أخذه الحالف، وإن بقي شيء لم يدعه أحد: انتظر طالبه، وإن تنازع اثنان، أحدهما من الرفقة، والآخر من غيرها: صدق^(١) الذي من الرفقة، ويحلف إن أتى الآخر بشيء، وإن ادعى المحاربون المتاع، وأقروا بالحرابة: ترك لهم إن لم يدعه غيرهم، وتقبل شهادة الرفقة؛ لأنه حد لله - تعالى - ولا تقبل شهادة أب لابنه في المال، وتقبل مع غيره إن قتل ابنه أو أباه؛ لأنه حد لا قصاص، لا يدخله العفو، وإن شهد بذلك بعد التوبة: امتنع؛ لأنه حق له يدخله العفو، وتقبل شهادة الأجنبية؛ لأنهم إن قالوا: قطعنا عليكم، فقد تقوى التهمة، وإن أقروا فقد صدقوهم.

قال اللخمي: إن صدقوهم في قطع الطريق، وادعوا بعد ذلك أنهم لم يأخذوه: منعت الشهادة للعداوة.

وإذا حبس المحارب بشهادة واحد، وهو مشهور بالفساد: أخرجته، وأشهره لينظر إليه المسافرون، فيشهدوا عليه، وإن عظمت شهرته حتى يعرف باسمه كذلك، فمن

(١) في ط: يبدأ.

شهد أنه قاطع بالاستفاضة واشهد أخذ المال، والقتل، وغيره: قتل بهذه الشهادة، وهذا أعظم من شاهدين على العيان.

وقال محمد: إذا استفاض ذلك: أدبه وحبسه، فإن افترق المأخوذ منهم المتاع، وأتى من ادعى بعضه^(١): انتظر به قليلاً، فإن لم يطلبه غيره: حلف، وأخذه، قاله مالك.

ويضمنه إن أتى أحد، وأثبت بالبينة أنه له، ضمنه، وإنما يدفع لمن ادعاه بغير بينة إذا وصفه، كما توصف اللقطة، واختلف هل يلزم كفيلاً؟ وإن ادعاه اثنان، ونكلا عن الحلف: لم يأخذه، بخلاف النكول قبل الافتراق، ولأن المتاع لا يعدوهما قبل الافتراق، وإن قال المحارب: المتاع لى، وهو كثير لا يملك مثله: صدق حتى تقوم بينة لغيره.

فى النكت: إذا دفع له المتاع، وضمنه، وهلك بأمر من الله - تعالى -: لا يضمنه إن أخذه بشاهد، ويمين، أو بينة، ثم جاء ما هو أقطع من ذلك. وفى الجواهر: إذا شهدوا لأنفسهم مع الشهادة لغيرهم، كقولهم: أخذوا مال رفاقنا، ومالنا: ردت الشهادة، إلا أن يكون مالهم يسيراً، فيجوز لهم ولغيرهم. فرع: فى الكتاب: إذا قامت بينة على محارب، فقتله أحد قبل تزكية البينة: فإن زكيت أدبه الإمام؛ لأنه إنما جنى على حق الإمامة، وإلا قتل؛ لأن الأصل: عصمة الدم.

فرع: قال ابن يونس: قال ابن القاسم: إن ولى اللص [مدبراً]:^(٢) لا يتبع، ولا يقتل، إلا إن قتل، ويقتل الأمير من اللصوص إذا قتل، وإن لم يبلغ الإمام، ومتى قتل واحد منهم، قتلوا كلهم ولو كانوا مائة ألف. قال سحنون: يتبع المحارب، ويجهز عليه.

وقال ابن القاسم: لا يجهز عليه؛ لاندفاع شره. فرع: فى المقدمات: إن ارتد، وحارب فى رده، فقتل، وأخذ المال: قتل، ولا يستتاب كما^(٣) يستتاب المرتد، ولا ينفذ عفو الأولياء عنه؛ لأن الحرابة حقها

(١) فى ط: عينه.

(٢) سقط فى أ.

(٣) فى أ: لم.

لعامة المسلمين، حارب ببلد الإسلام، أو دار الحرب، فإن أسلم المحارب في رده بعد أن أخذ، وقبل أن يؤخذ، وحرابته ببلد الحرب: فهو كالحربي يسلم، لا يتبع بما صنع في أرض الحرب، أو في بلد الإسلام، سقط حكم الحرابة وحده، ويغرم المال، ويتبع إن لم يكن له مال، كالمستهلك بغير حرابة، ويحكم عليه في القتل والجراح بما يحكم به على المرتد إذا فعله، ثم أسلم، وهذا أصل اختلف فيه قول ابن القاسم، فمرة نظر للقود والدية يوم الفعل، ومرة يوم الحكم، ومرة فرق، فجعل القود يوم الفعل، والدية يوم^(١) الحكم.

فعلى اعتبار يوم الفعل في الجناية، والدية: إن قتل مسلمًا، أو نصرانيًا عمدًا: أقيد منه؛ لأنه كافر يوم الفعل، والكافر يقتل بالكافر، والمسلم بالمسلم، أو خطأ: فالدية على المسلمين؛ لأنهم ورثته يوم الجناية، ولا عاقلة له يومئذ، وعلى ملاحظته يوم الحكم: يقتل بالمسلم دون النصراني، والدية في ماله، وإن قتلها خطأ: فعلى العاقلة؛ لأنه يوم الحكم مسلم، وعلى هذا يجرى القول الثالث.

وفي النواذر: لو لحق بدار الحرب، فقاتلنا، وأسرناه: استتابه الإمام، وقبل توبته، وإن أبى: قتله على الردة، والحرابة، فإن تاب: لزمه حق الله، وحق الناس، ولا يزيل ذلك عنه رده، قاله عبد الملك.

فرع: في النواذر: قال مالك: إن ظفرت باللص - وهو مشهور - فارفعه إلى الإمام، وإلا فالستر أحسن وليس بالبين.

فرع: في الجواهر: حكم المحارب في الغرم حد أم لا، موسرًا أم لا، حكم السارق.

قال سحنون: إذا أخذ، ووفره متصل: لزمه المال، وصدّاق المكرهة، وقيمة المستهلك، ودية النصراني، وقيمة العبد، وإن لم يتصل وفره: لم يتبع بشيء، وإن لم يجد: لزمه ذلك في ماله وذمته.

فرع: قال: الجرح الساري يحتمل القتل.

فرع: قال: إذا اجتمعت عقوبات الآدميين: كالقذف، والقطع، والقتل، وطلبوا: جميعًا جُلِد، ثم قتل، ودخل القطع في القتل، وحدود الله - تعالى - كالخمر،

(١) سقط في أ

والزنا، والسرقة، فالقتل يأتي على ما قبله.
 فرع: قال: إذا اشتهر فلان بالحرابة، فشهد عليه من يعرفه بعينه: أن هذا فلان المشهور: حُد.

الجنابة السادسة: في حد السرقة

وأصله: قوله - تعالى - : ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ﴾ [المائدة: ٣٨] وفيه نظران.
 النظر الأول: في الموجب، وهو السرقة
 ولها ثلاثة أركان:

الركن الأول: السارق

وفى الجواهر: شرطه: التكليف، فلا يقطع الصبي، ولا المجنون، لقوله - عليه السلام - : «رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَالْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ، وَالتَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»

وفى الكتاب: لا يحد الصغير حتى يحتلم الغلام، وتحيض الجارية، أو يبلغا سنًا لا يبلغه أحد إلا بلغ.

قال مالك: ويحد بالإنبات.

قال ابن القاسم: أحب إلى ألا يُحكم بالإنبات.

قال ابن يونس: قال محمد: إنما يعتبر الإنبات البين الأسود، والسن: ثمانى عشرة سنة.

وقال بعض البغداديين: الاحتلام من المرأة بلوغ، وإن لم تحض.

قال يحيى بن عمر: كل شيء بينه وبين الله - تعالى - يقبل قوله إنه لم يحتلم، وما يطلب به من حد ونحوه: [لا ينظر لإنكاره البلوغ، ويحكم بالإنبات]^(١)؛ كما جاء فى الحديث: «يُنْظَرُ إِلَى مِثْرَرِهِ».

قال اللخمي: ويعتبر فى البلوغ حبل المرأة، ومتى اعترف الصبي بالاحتلام حد، وينظر إلى إنبات الجارية النساء.

(١) فى أ: لا ينظر لإنظاره البلوغ بالاحتلام والإنبات.

وفى الركن ثلاثة فروع:

الأول: فى الكتاب: يقطع الذمى؛ لأن السرقة من الفساد فى الأرض، وكذلك الذمية، ومن فيه بقية رق، والحربى إذا دخل بأمان، فإن أفاق المجنون، فسرق حالة إفاقته: قطع، أو آخر إلى إفاقته.

الثانى: قال: إن سرق رجل مع صبي، أو مجنون: قطع المكلف وحده.

قال أشهب: إذا سرق الأب مع أجنبى مال الولد، ما قيمته نصاب:

قال أشهب: أو ما يقع على الأجنبى منه أكثر من ثلاثة دراهم: لم يقطع الأجنبى؛ لأن الأب قد أذن له، فذلك شبهة، وكذلك الأجنبى مع عبدك، أو أخيك الذى اتتمته على بيتك: لم يقطع واحد منهما.

قال محمد: ذلك إذا كان موضع إذن للعبد فى دخوله، وإلا قطع الأجنبى دون العبد، وإن سرقا نصاباً فقط، والفرق بين هذا وشركة الأب: أن الصبي والمجنون لا يصح إذنهما.

قال اللخمي: الشركة ثلاثة: يسقط القطع عنهما، لا يسقط عن الثانى وإن سقط عن الآخر، يختلف فيه، والأول شركة الأبوين؛ لأنه أذن له من له شبهة، وكذلك شركة العبد، وإن لم تكن له شبهة، إذا لم يكن الموضع أذن له فى دخوله؛ لأن القطع لصون المال، وقطع العبد ضياعه، فلا يقطع شريكه، وإن كان الأجير سرق مع الأجنبى من موضع لم يؤذن له فى دخوله: قطعاً^(١)، والثالث: شركة الابن والأجنبى سرقا من والده أو أحد الأجداد، إذا أدخله، فإن أسقطنا القطع عمن أدخله: لم يقطع الأجنبى، وإن لم يسقط عن الإذن قطعنا الأجنبى، وكذلك الأجنبى مع الزوجة، أو الضيف، خلاف.

وإذا أخرج البالغ، أو العاقل سرقة، والصبي، أو المجنون أخرى: لم يقطع المكلف إلا أن يكون فيما أخرجه نصاب، وكذلك العبد، والأجنبى، وإن حملاها بينهما: لم يقطع الأجنبى، إلا أن تكون قيمتها نصف دينار.

الثالث: فى الجواهر: يستوى فى القطع الحر والعبد، والرجل والمرأة، وسواء سرق المعاهد من ذمى، أو مسلم، وإن لم يترافعوا إلينا؛ لأنه من الظلم الذى لا يقر

(١) فى ط: قطع.

بينهم.

وفى النوادر: إن سرق العبد من متاع امرأة سيده من بيت أذن له فى دخوله: لم يقطع، وإلا قطع، إن كان مستسراً، قاله مالك.

وكذلك عبد الزوجة يسرق مال الزوج، والمكاتب كذلك.

وإن سرق عبد لك فيه شركة من مالك: لم يقطع، وإن سرق عبدك، أو مكاتبك، أو مدبرك من مال عبدك، أو مكاتب، أو مدبر: لم يقطع؛ لأنه كمالك، والحكمة الشرعية تأبى إفساد مالك بالقطع لمالك.

وفى الحديث^(١) «عَبْدُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ» ومن سرق من مال ابن سيده: قطع لاستقلال الملك، أو من ودعة عندك من بيت لم يؤمن^(٢) على دخوله: لم يقطع، أو من مال لك فيه شرك أكثر من نصيبك بنصاب: قال مالك: يقطع إن أحزره الشريك عنك، وإلا فلا، واختلف فيه قول مالك.

وروى محمد بن خالد: إن سرق العبد من مال ابنه الحر، أو ابنه العبد: لا يقطع؛ لأن مال ابنه ماله حتى ينتزعه سيده.

قال ابن القاسم: إن جمعت زكاة لتقسمها بين المسلمين، وأغلقت عليها، فسرق عبدك منها: قطع؛ لأنك لم تأمنه على دخوله، والمال للمسلمين. قال مالك: وإن ائتمنته: لم يقطع.

قال ابن القاسم: إن سرق عبيد الخمس من الخمس، أو عبيد الفىء من الفىء: قطعوا.

الركن الثانى، المسروق، وله ستة شروط:

الشرط الأول: النصاب.

وفى الكتاب: إن سرق زنة ربع دينار ذهباً: قطع، وإن كانت قيمته درهماً، وإن نقص الوزن: لم يقطع، فإن ساوى أكثر من ثلاثة دراهم: قطع، وكذلك الفضة، وإنما يقوم غير الذهب والفضة، فإن وصلت قيمته ثلاثة دراهم: قطع، وإن لم يصل ربع دينار من الذهب، وإن ساوى ربع دينار من الذهب، ولم يساو ثلاثة دراهم: لم

(١) أخرجه مالك موقوفاً فى الموطأ (٨٣٩/٢) حديث (٣٣).

(٢) فى ط: يؤمره.

يقطع، وإنما يقوم بالدرهم، ودينار السرقة والدية: اثنا عشر درهماً، ارتفع الصرف أو انخفض، ووافقنا أحمد: أن أصل الورق ثلاثة دراهم. وقال (ح): النصاب دينار، أو عشرة دراهم، وبها يقوم. وقال ش: النصاب ربع دينار، وتقوم الدراهم بالذهب، فإن ساوت ربع دينار ذهباً، وإلا فلا، وكذلك العروض.

وإن ساوى ربع دينار الذهب أقل من ثلاثة دراهم: لم يقطع.

لنا: قوله - تعالى -: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ﴾ [المائدة: ٣٨]، ولم يفرق، فلا يشترط الدينار، بل يكفي أقل المال، ولو فلس، وقد قال به جماعة. وفي الصحيح: قال - عليه السلام -: «لَعَنَ اللَّهُ السَّارِقَ يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَيَقْطَعُ»^(١)، وفي الصحيح: «يُقَطَّعُ السَّارِقُ فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا»^(٢) وفيهما: «قَطَعَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي مَجْنُ قِيمَتِهِ ثَلَاثَةَ دَرَاهِمَ»^(٣)، [وفي أبي داود: «قَطَعَ ﷺ مِنْ سَرَقَ تُرْسًا مِنْ صُفَّةِ النِّسَاءِ ثَمَنُهُ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمَ»^(٤)، ومذهبنا مروى عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعائشة، وغيرهم من غير نكير فكان إجماعاً. احتجوا بما روى أنه - عليه السلام - قطع في مجن قيمته عشرة دراهم^(٥)، وأنه - عليه السلام - قال: «لَا قَطَعَ فِي أَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ»^(٦)، ولأن تعارض الأخبار شبهة توجب سقوط الحد.

- (١) أخرجه البخارى (٨٣/١٢) فى الحدود: باب لعن السارق إذا لم يسم (٦٧٨٣)، وطرفه فى (٦٧٩٩)، ومسلم (١٣١٤/٣) كتاب الحدود: باب حد السرقة (١٦٨٧-٧).
- (٢) أخرجه الشافعى (٨٣/٢) الباب الثانى فى حد السرقة (٢٧١)، والبخارى (٩٩/١٢) كتاب الحدود: باب قول الله - تعالى -: «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» (٦٧٨٩)، وطرفه فى (٦٧٩٠-٦٧٩١)، ومسلم (١٣١٢/٣) كتاب الحدود: باب حد السرقة ونصابها (١-١٦٨٤).
- (٣) من حديث ابن عمر - رضى الله عنهما -: أخرجه مالك فى الموطأ (٨٣٢/٢)، كتاب الحدود: باب ما يجب فيه القطع (٢١) والبخارى (٦٧٩٥)، ومسلم (١٦٨٦/٦).
- (٤) أخرجه أبو داود (٤٣٨٦) من حديث عبد الله بن عمر.
- (٥) أخرجه أبو داود (٤٣٨٧)، والنسائى (٨٣/٨)، والحاكم فى المستدرک (٣٧٨/٤) من حديث ابن عباس.
- (٦) أخرجه الطبرانى، كما فى المجمع. وانظر الكلام عليه فى «نصب الراية» للحافظ الزيلعى (٣٥٩/٣).

وجواب الأول: القول بالموجب؛ فإن القطع في العشرة متفق عليه، ولا يلزم منه ألا يقطع في أقل منه.

وعن الثاني: أن أخبارنا أرجح للاتفاق على صحتها، وموافقتها لظاهر القرآن، والراجح لا شبهة معه.

واحتج (ش) بما في الحديث: «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ» والدينار اسم الذهب دون غيره، فنفي القطع في غيره صريحاً.

وأما قوله: «ثمنه - أو قيمته - ثلاثة دراهم» فقضية عين يحتمل أنها أصل، أو أنها وصلت ربع دينار، فيسقط، ويرجع إلى الصريح، وهو كما لو قال: قيمته عشرة أصع من التمر، فيعلم أن الأصع وصلت ربع دينار، وإنما خصص الدراهم بالذكر؛ لأنها غالب نقد البلد، فلا يكون النصاب إلا الذهب وغيره.

والجواب على هذا الكلام - وإن كان فرضاً^(١) -: أن عائشة، وابن عمر، وغيرهما من الرواة إنما ذكروا الدراهم؛ لبيان تأسيس [قاعدة النصاب]^(٢)، فوجب أن تكون هي المعتمدة، ولو كان الذهب هو الأصل - فقط - لعينه الراوي؛ لأنه لا ضرورة إلى ذكر غيره، ولأن باب الذهب فيه أصل، فوجب أن تكون الفضة أصلاً - أيضاً - [كالزكاة]^(٣)

ولهم قلب هذا القياس، فيقولون: فلا يختص التقويم بالدراهم كالزكاة، وبالجمل: الموضوع محتمل، وكلامهم قوى.

تفريع

في التنبيهات: يختص التقويم بالدراهم، كانت المعاملة بالدراهم في البلد، أو بالذهب، قاله معظم الشيوخ والشرح.

وقال ابن عبد الحكم: يختص النصاب بالذهب كما قال (ش).

قال بعض الشيوخ: وهو الأصل؛ لظاهر الحديث المتقدم.

وقال جماعة من البغداديين، والمغاربة: إن التقويم بنقد البلد كيف كان: دراهم أو ذهباً، وإن معنى ما في الكتاب محمول على أن المعاملة بالدراهم حيثئذ، وإن

(١) في ط: قوياً.

(٢) في أ: القاعدة النصاب.

(٣) سقط في أ.

كانت المعاملة بهما جميعاً: فأكثرهما، كسائر التقويمات.

فى المقدمات: وقد قال فى الكتاب: فى الذهب أرسلت منه برىع دينار: قطع، فاعبر الذهب.

وفى الشاة^(١): إن كانت قيمتها يوم خرج بها ربع دينار: قطع، فنصوص الكتاب تشير إلى ما^(٢)، قاله هذا القائل.

قال صاحب النكت: التقويم عند مالك بالدرهم فى بلد تباع فيه العروض بالدرهم، أو بالدرهم والدنانير، فإن كان إنما يباع بالعروض: فبالذهب، ويحمل الحديثان على حالين.

وقوله: إنما تقوم الأشياء بالدرهم، يريد: فى بلد تباع فيه العروض بالدرهم خاصة، وإن كان يباع بالدرهم والدنانير، استحب التقويم بالدرهم.

وقال بعض الصقليين: إذا كان البلد لا يتعامل فيه بالنقدين، بل بالعروض: قومت بالدرهم فى أقرب المواضع المتعامل فيها بالنقدين، فإن سرق نصف ربع دينار ذهباً، ودرهماً، ونصفاً: قطع، أو عرضاً قيمته درهم ونصف، وورق، أو ذهب نصف نصاب.

قال ابن القاسم: إن نقصت الثلاثة دراهم خروية: لم يقطع؛ لأن نقصانها ربع درهم، أو خمس.

قال أصبغ: يقطع فى مثل الحبتين من كل درهم.

قال بعض القرويين: إن كان فى الدرهم نحاس كثير: اعتبر ما فيها من الفضة، إلا أن يكون النحاس سيراً جداً، والنحاس المكسر عرض يقوم، ويكمل بقيمة النصاب.

قال ابن دينار: ويعبر فى المصاغ وزنه دون قيمته.

وقال جماعة من الصقليين: تعتبر فى الحلّى المربوط بالحجارة وزنه الحلّى، وقيمة الحجارة، كانت تبعاً، أو الحلّى تبعاً.

[نظائر]^(٣): الدنانير خمسة:

دينار السرقة، والدية، والنكاح: اثنا عشر درهماً.

(١) فى ط: الشاذ.

(٢) فى أ: الذهب.

(٣) بياض فى أ.

ودينار الجزية، والزكاة: عشرة دراهم، قاله ابن يونس.
 فرع: في الكتاب: إن سرق ما قيمته ثلاثة دراهم، وهى لرجلين: قطع؛ لأنه نصاب، وإن سرق ما قيمته ثلاثة دراهم من الطعام الذى لا يبقى، كاللحم، والقضاء: قطع، والأترجة التى قطع فيها عثمان - رضى الله عنه - كانت تؤكل لا ذهباً، وقاله (ش). وقال (ح): لا يقطع.

لنا: عموم الكتاب، والسنة، والقياس بجامع المالية.
 احتجوا بقوله - عليه السلام -: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرٍ»^(١)، ولأنه يفيد البقاء، فضعفت ماليته عن صور الإجماع.

والجواب عن الأول: أن بقية الحديث: «فَإِذَا أَوَاهُ الْجَرِينُ فَفِيهِ الْقَطْعُ»^(٢).
 وعن الثانى: إنما يرد الفرق على الميثب بالقياس، أما عمومات النصوص، فلا تخصص بالفروق، فإنه يمكن أن يقال فى قوله - تعالى -: «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ» [الأنعام: ١٥١]: مخصص بالرجال، أو بالعلماء؛ لأن من عداهم أنقص رتبة، وقد قطع عثمان فى الأترجة، وقومها بثلاثة دراهم، ولم ينكر عليه أحد، فكان إجماعاً، ولو كانت ذهباً لم تقوم.

فى التنبيهات: قيل: كانت ذهباً قدر حمصة يجعل فيها الطيب.
 فرع: فى الكتاب: سارق الماء، والحجر إذا كانت قيمته ثلاثة دراهم: يقطع. وكذلك البازى، وكذلك سباع الوحش إن كانت قيمة جلودها - إذا ذكيت - قبل أن تدبغ نصاباً؛ لأن لصاحبها بيع جلود ما ذكى منها، والصلاة عليها وإن لم تدبغ.
 فرع: قال: إن سرق عبداً فصيحاً كبيراً: لم يقطع، أو أعجمياً: قطع، وكذلك الصبى الصغير، وخالفنا الأئمة.

لنا: عموم الآية، والاسم صادق على سارق الصبى الحر، وغيره، وذكر عند

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٨٣٩/٢) (٣٢)، وأحمد (٤٦٣/٣-٤٦٤)، (٤/١٤٠-١٤٢)، وأبو داود (٤٣٨٨)، والنسائى (٤٩٦٧)، والبيهقى (٢٦٢/٨، ٢٦٣)، والترمذى (١٤٤٩)، وابن ماجه (٢٥٩٣)، وابن حبان: ذكره الهيمى فى موارد الظمان (١٥٠٥)، والنسائى (٤٩٦٨)، والبيهقى (٢٦٣/٨) عن رافع بن خديج.
 (٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٠)، من حديث عبد الله بن عمرو بلفظ «... ومن سرق شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع...»

النبي ﷺ سارق الصبيان، فأمر بقطعه^(١).

وهو نص فى التسمية والحكم، ولأنه نفس مضمونة بالجناية، فيقطع بسرقتها كالبهيمة، أو بجامع أنه غير مميز سرقة من حرزه، أو قياساً على المملوك. احتجوا بقوله - عليه السلام - : «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ» وهذا ليس برُبْع دينار، فلا يقطع، ولأن الحر لا يحرز فى العادة، فهو سارق من غير حرز، وقياساً على الكبير النائم.

والجواب عن الأول: أنه عام فى أفراد القطع، مطلق فيما يقطع فيه، وقد عين من ذلك المطلق ربع دينار، فمفهوم الحصر يقتضى نفى القطع عن غيره، فيختص ذلك المفهوم بذلك الجنس وهو الأموال، سلمنا عموم، لكننا نخصه بالأدلة المتقدمة، وبأنه إذا سرقه^(٢) أبطل نسبه^(٣) بالبيع، وميراثه، وحد قذفه وديته، وإن كانت أنثى: أحل فرجها، وأسقط صداقها، وقطع ولاية أوليائها، وهذا من الفساد العظيم فى الأرض، أعظم من ربع دينار، والفساد قد جعل الله - تعالى - فيه القطع، والقتل فى الحرابة.

وعن الثانى: أنه يجعل معه من يحفظه، أو فى مكان يغلب على الظن أنه لا يفارقه، فهو حرز له: كالغنم فى المراح.

وعن الثالث: الفرق: أنه لا يحل، ولا يمكن من بيع نفسه، بخلاف الصغير. قال ابن يونس: قال أشهب: ذلك إذا كان الصغير لا يعقل، وإلا قطع. وقال عبد الملك: لا قطع مطلقاً.

قال اللخمي: إن سرقة حليه وهو كبير يحرز ما عليه، أو صغير، أو معه من يحفظه، أو فى دار أهله: قطع. أو صغيراً لا يحفظ ما عليه، خارجاً من دار أهله، أو فيها، والسارق أذن له فى الدخول: لم يقطع.

(١) أخرجه الدارقطنى (٢٠٢/٣) (٣٥٩)، والبيهقى (٢٦٨/٨) من حديث عائشة، والحديث موضوع. انظر الإرواء (٦٧/٨).

(٢) فى ط: سبقه.

(٣) فى ط: نفسه.

قال ابن القاسم: أو أخذ على وجه الخديعة، أو كابره: فيه الأدب إن كان كبيراً، والصغير علمه، وعدمه سواء.

وفى المنتقى: حكى فى الجلاب روايتين [فى^(١)]: خلخال الصبى، أو شىء من حليته: القطع، إن كان فى دار أهله، أو بنائهم^(٢)، والأخرى: عدم القطع مطلقاً، ولم يذكر تفصيلاً، فيحمل على الصغير الذى لا يمنع نفسه.

فرع: فى الكتاب: إن سرق ثوباً لا يساوى ثلاثة دراهم فيه دراهم لم يعرف بها: قطع فى الثوب، ونحوه مما عادة الناس الدفع فيه، بخلاف الخشبة، والحجر، لا يقطع إلا فيما قيمته نفسه نصاب.

قال ابن يونس: قال بعض فقهاءنا: لو سرق خرقة، العادة عدم الدفع فيها لزناها^(٣): لم يقطع بما فيها إذا لم يعرف به.

قال أصبغ: إن سرق ليلاً عصاً مفضضة، وفضتها ظاهرة فيها أكثر من ثلاثة دراهم، وقال: لم أر الفضة بالليل، وظن به ذلك: لم يقطع، كما لو كانت الفضة داخلها.

فرع: فى الجواهر: إن سرق دون النصاب، ولم يعلم به حتى سرق قيمته: قال أشهب: لا يقطع حتى يخرج فى مرة ما قيمته ثلاثة دراهم؛ لأنه لم يصدق عليه أنه أخرج نصاباً من حرز.

وقال سحنون: إن كان فى فور واحد قطع؛ لأن هذا من وجه الحيلة على أموال الناس.

فإن أخرج نصاباً من حرزين: قال عبد الملك: لا يقطع كالنصاب فى مرتين، وإن كان لرجل حانوتان فى دار، فسرق رجل من كل واحد درهماً ونصفاً: لم يقطع إن كانت داراً مشتركة، وإن خرج ذلك من الدار كلها: قطع، ولو لم تكن مشتركة، وأخرج ذلك من الدار كلها: قطع، وإن أخر فيها: لم يقطع.

فرع: قال: المعتبر فى قيمة المنفعة المقصود من العين عادة، وشرعاً، فيقوم

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: بنائهم.

(٣) فى ط: لزنا بها.

الحمام المعروف بالسبق، والإجابة على أنه ليس فيه ذلك: لأنه لهو^(١)، وتقوم سباع الطير المعلمة بتعليمها.

وعن أشهب: التسوية بينهما، وهو نحو قول مالك في قتل المحرم إياه.
 فرع: في الكتاب: يقوم السرقة أهل العدل، والنظر، فإن اختلفوا، واجتمع عدلان: قطع، وإلا فلا يقطع برجل واحد، لعظم شأن الحدود.
 قال الطرطوشي: قال مالك: تعتبر القيمة يوم السرقة لا يوم القطع، لعدم الحكم بالقطع والتقويم أم لا، فإن تعارض في التقويم عدلان، وعدلان: حكم بأقربهما إلى السداد، ووافقنا (ش).

وقال (ح): إن نقصت قبل القطع: امتنع القطع، ووافقنا على أنه: إن نقصت [لهلاك]^(٢) بعضها، أو هلاكها: لا يسقط القطع.

ومنشأ الخلاف^(٣): النظر إلى حال النهاية؛ لأنه لو رجع الشهود: بطل القطع، ونحن نعتبر حال الابتداء؛ بدليل نقصان العين في ذاتها.

لنا: الآية، والأخبار المتقدمة في النصاب، والقياس على نقصان العين، بل أولى؛ لأن حوالة الأسواق لرغبات الناس، وهو أمر خارج عن العين، ويرجى زواله، ولأن القطع شرع؛ زجرًا عن الجراءة على الأموال، والجراءة حصلت وقت السرقة على النصاب، فتعين القطع.

احتجوا بقوله - عليه السلام - : «لَا قَطْعَ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ» وهذا ليس ربع دينار، ولأن القيمة مظنونة، فإذا وجدناها نقصت: اتهمنا المقومين، أو لا، فيكون بسببه يسقط الحد، ولأنه معتبر انتقض فيبطل الحد، كالرجوع عن الإقرار، والبيئة ترجع.
 والجواب عن الأول: أن «في» في الحديث للسببية؛ لاستحالة أن يكون القطع مصروفًا للنصاب، بل معناه: لا قطع إلا بسبب أخذ ربع دينار؛ لقوله - عليه السلام - : «فِي النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ»^(٤) أي: بسبب قتلها، وهو كثير.

وعن الثاني: أن الكلام - حيث كان النص - لتغير السوق، لا مع بقاءه.

(١) في ط: ينمو.

(٢) كلمة مطموسة في أ.

(٣) في أ: الغلط.

(٤) تقدم.

وعن الثالث: أنه يبطل بنقص العين، فإن فرقوا بأن نقصان العين يضمن لحق آدمي، فضمن لحق الله - تعالى - ونقصان القيمة لا يضمن لحق آدمي، فلم يضمن لحق الله - تعالى - أو لأن نقصان العين مضمون على السارق، فلما تقرر بدله في ذمته: لم يسقط القطع لوجود النصاب: بعضه في ذمته، وبعضه موجود.

لنا: حق الله - تعالى - تعلق بالعين دون القيمة؛ بدليل: أنه لو أكل الطعام في الحرز لم يقطع، وأما حق آدمي - وهو القيمة - فلا يترتب إلا عند عدم العين.

وعن الرابع: أن ما في الذمة غير مسروق، والقطع في غير المسروق باطل.

فرع: في المقدمات: إن نقصت الدراهم نقصاً لا تتفق عليه الموازين: قطع، فإن كانت يتعامل بها عددًا، وتنقص ثلاث حبات كل درهم: ففي المدونة: لا يقطع، وإن جازت لجواز^(١) الوازنة خلاف الزكاة.

والفرق: أن الاحتياط: لإيجاب الزكاة، وعدم القطع، فيحصل الاحتياط بها.

الشرط الثاني: أن يكون غير مملوك للسارق، فلو سرق ماله المرتهن، أو من المستأجر، أو طراً الملك بالإرث قبل الخروج من الحرز: فلا قطع.

وفي الكتاب: إن ورثه بعد الخروج، أو ملكه بهبة، أو غيرها: قطع، وقاله (ش).

وقال (ح): إذا ملكه بسبب من الأسباب: سقط القطع.

لنا: العمومات، والقياس [على خراب]^(٢) الحرز، وهلاك العين، أو زنى بجارية، ثم ملكها. احتجوا بحديث صفوان فإنه قال: يا رسول الله، هو له، فقال رسول الله ﷺ: «هلا كان ذلك قبل ذلك»^(٣) دل على أنه لو وهبه له قبل القطع، ووصله للإمام: سقط القطع، ولأنه لا يسمى حيثئذ سارقاً إذا وهبه له، كما لو أكل الطعام داخل الحرز، ولأنه حد لا يجب مع الملك فلا يبقى مع الملك كالضمان،

(١) في أ: وإن جاءت بجواز.

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢/٨٣٤-٨٣٥) في الحدود: باب ترك الشفاعة للسارق (٢٨)، ووصله النسائي (٨/٦٨-٦٩) في السرقة: باب الرجل يتجاوز للسارق عن سرقة (٤٨٨٠)، وأبو داود (٤/١٣٨) في الحدود: باب من سرق من حرز (٤٣٩٤)، وابن ماجه (٢/٨٦٥)، في الحدود: باب من سرق من حرز (٢٥٩٥)، والحاكم في المستدرک (٤/٣٨٠) وصححه، وأقره الذهبي.

بل أولى؛ لأن الضمان لا يسقط بالشبهة، والحد يسقط معها، وبالقياص على زنى المقدوف، وعلى رجوع الشهود، فإن الحدود تسقط.

والجواب عن الأول: أن الحديث يقتضى: أنه لو ترك رفعه لرسول الله ﷺ، وسكت عن القضية: لم يقطع، وحصل مقصود صفوان، فإنه هاجر، فكره أن يقطع مسلم من أجله، فتوسل فى ذلك بكل طريق، ف قيل له: هلا قبل أن يأتينى به، والحديث نص لنا فى موضع الخلاف، فإن الهبة ما نفعت.

وعن الثانى: أنه إذا أكل لم تتحقق السرقة، وهى الإخراج من الحرز، بخلاف مسألتنا فى تحقيق السرقة.

وعن الثالث: الفرق: أن الضمان هو المطالبة، وهى متعذرة مع ماله المعين، والحد لا يتعذر مع الملك؛ لتحقيق الجراة سابقًا.

وعن الرابع: أن زنى المقدوف يورث شبهة أنه كان قبل ذلك يزنى، فيصدق القاذف. وطريان الملك لا يوجب توهم تقدمه، ولأن حده لزوال العار، وإن زنى ثبت العار، وأما رجوع الشهود فيخل بالسبب؛ لأننا ما علمناه إلا من قبلهم، وههنا السبب لم يختل.

[الشرط]^(١) الثالث: أن يكون محترمًا.

ففى الكتاب: لا قطع فى خمر، ولا خنزير، وإن كان لذمى، سرقة مسلم، أو ذمى، وللذمى قيمته.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: لا قيمة فيما حرمه الله - تعالى - وفيه الأدب، ولا قطع فى كلب الصيد؛ لأن رسول الله ﷺ حرم ثمنه^(٢)، ولا فى جلد الميتة: فإن دبغ، وقيمة الصنعة دون الجلد نصاب: قطع.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن كانت قيمة الجلد المدبوغ نصابًا: قطع وإلا فلا.

قال مالك: لا يقطع فى كلب الصيد والماشية وقال أشهب: يقطع فى كلب الصيد والماشية، وهو على الخلاف فى جواز بيعه.

(١) سقط فى أ.

(٢) تقدم.

قال أشهب: يقطع فى الزيت النجس، إن ساوى فى بيعه ثلاثة دراهم.
قال ابن حبيب: إن سرق الأضحى قبل الذبح: قطع، وبعده: لا يقطع؛ لأنها لا تباع، وإن سرق لحمها ممن تصدق عليه: قطع، وإن سرق مزمارًا أو غيره من آلات الطرب، وقيمته بعد الكسر نصاب: قطع، وإلا فلا، سرقه مسلم، أو ذمى من مسلم؛ لأن على الإمام كسرها عليهم إذا أظهروها، وإن كان فيها فضة نصاب علم بها: قطع، وإن سرق دقًا أو كبرًا قيمته صحيحًا نصاب: قطع؛ للرخصة فى اللعب به.

قال اللخمي: ما جاز بيعه، وملكه: قطع به، وما لا يجوز بيعه، ولا ملكه: لا يقطع فيه إلا الحد^(١)، ففيه قولان.

وما يجوز ملكه دون بيعه: قطعه ابن القاسم فيه دون أشهب، وقطع أشهب فى لحم الأضحى بعد الذبح؛ لأن المنع من بيعها لحق الله - تعالى - فأشبهه حجارة المسجد.

وقال أشهب: يقوم البازى غير معلم، والمشهور أرجح، إلا أن يراد للهو، ولو قصد بالحمام حمل الأخبار لا اللهو: قومت عليه معلمة، ويقوم الصنم الخشب مكسورًا.

وعن ابن القاسم: أن الكبر، والدف: كالعود، لا يقوم غير خشبه.
وفى الجواهر: أوانى الذهب، والفضة المحرمة المأمور بكسرها: يقوم الذهب والفضة دون الصنعة.

الشرط الرابع: أن يكون الملك تامًا قويًا؛ احترازًا من الشركة.
ففى الكتاب: إن سرق الشريك من مال الشركة مما قد علق عليه: لم يقطع، وإن أودعاه رجلًا، فسرق أحدهما منه مما فيه من حصة شريكه نصابًا: قطع، وإلا فلا؛ لأن اختلاط الملك وشياعه شبهة.

قال ابن يونس: وعن مالك: إذا لم يأتئمه، ومنعه منه، وهو بيد أجنبى، أو بيد أحدهما، وقد حجره عن الآخر: قطع، فإن سرق عبد من مال شركة بين سيده، ورجل: فقولان لمالك.

(١) فى أ: الحر.

وقال أشهب: إن سرق فوق حق سيده نصابًا: قطع إن أحرزه شريك سيده عن السيد، وإن كان عند سيده: لم يقطع.

قال اللخمي: إن جعل الشريك المفتاح عند رجل، فسرقة الذي عنده المفتاح: [لم يقطع]، وإن كان المفتاح في دار أحدهما؛ خوفًا من الآخر، قطع المخوف، وإلا فلا.

وفي الجواهر: يقطع سارق بيت المال، والغنائم وأهراء المسلمين، لحقارة ما يستحقه، أو لأن الملك لا يحصل إلا بالقسمة، وللإمام صرف هذه العين عنه بالكلية، ولم يقطعه عبد الملك إلا إن سرق ربع دينار زائدًا على سهمه؛ لأن له فيه شبهة، ولا يقطع من سرق من جوع أصابه.

قال الطرطوشي: قال سحنون: يقطع سارق بيت المال مطلقًا، بخلاف المغنم، [لأن بيت المال لا يجب إلا بعد أخذه، ولذلك يجرى في وطء أمة من بيت المال... المغنم]^(١).

وقال (ش)، و (ح): لا حد مطلقًا؛ لشبهة الاستحقاق، والأعيان التي أصلها الإباحة: كالحطب، والصيد: يقطع فيه، وقاله (ش).

وقال (ح): لا يقطع في الدجاج، والإوز، وسائر الحيوان، إلا أن يدخل العين صنعة: كالنجار للخشب صندوقًا.

ووافقنا على الخشب الثمين: كالساج، والعود، ونحوه، وعلى الذهب والفضة، وإن استخرجنا من المعدن.

لنا: العمومات، والأقيسة المتقدمة.

احتجوا بقوله - عليه السلام - : «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالْكَلا، وَالنَّارِ»^(٢)

(١) سقط في أ.

(٢) هذا حديث مخرج من طريقين: الأولي: عن ابن عباس - رضى الله عنهما - عن ابن ماجه (٢٤٧٢) وعزاه الحافظ في التلخيص (٦٥/٣) لابن السكن من طريق ابن عباس. وقال: فيه عبد الله بن خدّاش: متروك. وقد صححه ابن السكن إلا أن للحديث طرقًا أخرى يتقوى بها. ولابن ماجه من حديث أبي هريرة بسند صحيح: «ثَلَاثٌ يُنْعَنُ: الْمَاءُ وَالْكَلا وَالنَّارُ» (٨٢٦/٢) (٢٤٧٣) وللطبراني بسند صحيح: عن زيد بن جبير عن ابن عمر. والطريق الثانية: عن ابن خدّاش عن رجل من أصحاب النبی ﷺ: أبو داود (٣٤٧٧)، وأحمد في المسند (٣٦٤/٥) ضمن مسند أحاديث رجال من أصحاب النبی ﷺ.

وعنه - عليه الصلاة والسلام - : «لَا قَطْعُ فِي الطَّيْرِ»^(١) ولأن المجاز منها يشبه غير المجاز، وذلك شبهة، وأما الذهب والفضة: فلنا^(٢): على الإباحة؛ لأنها كانت للكفار.

وقالت عائشة - رضى الله عنها - : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. والماء تافه.

والجواب عن الأول: أن الشركة مختصة بما قبل الإحراز: كالغنيمة، وبيت المال؛ لتفسيق أخذ شيء منه بعد الحوز، والشريك لا يفسق. وعن الثاني: منع الصحة.

وعن الثالث: أن الأجنبية تشبه الزوجة، والحد ثابت إجماعاً. وعن الرابع: أن مال الكافر مباح، ومن سرقه بعد حوز المسلم: قطع، ولأن المعادن لا تملك بملك الأرض؛ لجواز بيع أرض فيها معدن ذهب، بذهب. وعن الخامس: أن التافه جنسه، لا قيمته، والقطع في القيمة. وفي الكتاب: يقطع سارق المصحف، وقاله (ش)، ولم يقطعه (ح). لنا: ما تقدم.

احتجوا بأنه يمتنع بيعه، فهو كأم الولد، ولأن فيه شبهة؛ لأن عليه أن يتعلم القرآن، فيتعلمه منه، أو رأى فيه لحنًا، فأخذه ليصلحه. والجواب عن الأول: أنه يجوز بيعه.

وعن الثاني: لا نسلم أن المصحف يتعين التعليم منه. وعن الثالث: لا نسلم أن اللحن يبيع أخذه، بل يقال له: فيه لحن، فأصلحه. [الشرط]^(٣) الخامس: سلامته من شبهة الاستحقاق.

وفي الكتاب: إن سرق أحد الأبوين من مال الولد: لم يقطع، أو الجد من قبل الأم، أو الأب: أحب إليّ ألا يقطعوا؛ لأنه أب، ولأن الدية تغلظ عليهم كالأب، وليس المسقط النفقة؛ لأنه لا يلزمه نفقة ابنه الكبير، ولا ابنته الشيب، ولا يقطع لهما، ولا يحد في وطء جواريهما، ويقطع الابن ويحد في وطء الجارية، وتقطع

(١) قال الحافظ بن حجر في الدراية (٢/١٠٩): لم أجده. وينظر: نصب الراية (٣/٣٦٠).

(٢) في ط: فليسا.

(٣) سقط في أ.

المرأة إن سرت من مال زوجها من غير بيتها الذى تسكنه، وكذلك جاريتها إن سرت من مال الزوج أكثر^(١) من حقها، وحق المرأة، والابن فى المال كحق صاحب الدين، ويشترط فى خادمها وخادمه الحجر عليها من بيت المال. وإن سرق العبد، أو المكاتب من مال السيد: لم يقطع؛ لشبهة النفقة، أو لقوله عليه السلام: «عَبْدُكُمْ سَرَقَ مَتَاعَكُمْ».

وفى العتبية: إن سرق مال ابن سيده: قطع، أو السيد من مال عبده، أو مكاتبه، أو مكاتب ابنه، أو عبد ابنه^(٢): لم يقطع؛ لشبهة الانتزاع يومًا ما قال اللخمي: عن أشهب: لا يقطع الابن؛ لشبهة الإنفاق، كالأب، ولا يحد فى الزنى. وقال ابن القصار: يقطع إن سقطت نفقته، وإلا فلا يقطع، كالبكر والذمي، فإن سرق من مال أمه، أو زنى: حد، أو ولد الولد من أحد أجداده، أو جداته: حد. وعن أشهب: يقطع الجد؛ لعدم النفقة من مال حفيده.

وعن مصعب: يقطع العبد فى موضع حجب عنه.

وإن كان المال فى بيت واحد فى تابوت محجور عليه: فلا بن القاسم فى قطع أحد الزوجين للآخر قولان.

ويختلف على قوله فى الضيف^(٣)، وعدم قطع الزوجين أحسن إن كان الحجر تحفظًا من أجنبى، وإن خاف أحدهما الآخر: قطع، وإن سرق الزوج مما شورها^(٤) به، ولم يبين بها: قطع على القول بوجوبه كله لها، وعلى القول أنه مترقب: لا يحد. وفى الكتاب: إذا أدخل الضيف داره وبيته فيها، فسرقت منها: لا يقطع، وقطعه سحنون إن أخرجه إلى قاعة الدار؛ لأن الدار ليست بحرر للإذن فى دخولها، والبيت حرر.

وفى الجواهر: لا يقطع مستحق الدين إذا سرق من غريمه المماطل، حبس حقه. وقال (ح): لا يقطع الزوجان مطلقًا، وكذلك المعتدة المبتوتة، والأصهار إذا سرقوا من بيت الأختان، والأختان من الأصهار، وكل ذى رحم محرم حتى الربيب للمرأة، أو الرجل.

(١) فى أ: لأن.

(٢) فى ط: أبيه.

(٣) فى أ: الضيف.

(٤) فى أ: سورها.

وعند (ش) ثلاثة أقوال: يقطع الزوجان، لا يقطعان، يقطع الزوج دون المرأة. ووافقنا في الأصهار، وغيرهم.

لنا في القطع: العمومات، والأقيسة على الإجارة، والصديقين، والمدائين. احتجوا بأن العادة: أن كل واحد منهما ينسب في مال الآخر، أما المرأة: فبالنفقة، وأما هو: فيحجر عليها في معنى الثلث، ويتجمل بمالها، ويفترشه، ويتذله، ولأن الأبوة فرع المناكحة، والأبوة تمنع القطع، فأصلها أولى، أو نقول: متوارثان، فلا يقطع أحدهما للآخر كالابن مع الأب، ولقوله - تعالى -: ﴿وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ﴾ [النور: ٦١] فذكر الأعمام، والعمات، والخال، والخالات، والإخوة، والأخوات، فتحققت الشبهة في مالهم. والجواب عن الأول: أن العادة: وصول الأجر إليه، فلا يقطع، إنما النزاع فيما حجر فيه عليه، وأما النفقة: فمعاوضة كالإجارة.

وعن الثاني: أنه يبطل بجريان القصاص^(١) بينهما^(٢) دون الأب.

وعن الثالث: الفرق بأن الأب أقوى لامتناع القصاص فيه دونهما.

وعن الرابع: أن «الصديق» في الآية، وهو يقطع اتفاقاً، وإنما الآية أذنت في الأكل، ولم تأذن في دخول المواضع المحجور عليها، وهي صورة النزاع، وقال - تعالى -: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْذِنُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا﴾ [النور: ٢٧] فتلك الآية قوتها هذه.

[قاعدة]^(٣): الشبهة ثلاثة أقسام:

في غاية القوة، اتفق على اعتباره: كالشركة، وفي غاية الضعف، اتفق على إلغائه: كالأجير، والصديق، وقسم متردد بين القوة والضعف، اختلف في إلحاقه بأي القسمين.

الشرط السادس: أن يكون محرراً، ووافقنا فيه الأئمة، وأكثر العلماء، وقالوا: فيه خبر صحيح.

في الموطأ: قال رسول الله ﷺ: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ،

في أ: القرعة.

في ط: فيها.

بياض في أ.

فَإِذَا أَوَاهُ الْمُرَاحُ أَوْ الْجَرِينُ: فَالْقَطْعُ فِيمَا بَلَغَ ثَمَنَ الْمِجَنِّ^(١).
فائدة:

قال صاحب المنتقى: شبه الثمر في أشجاره بالخرائط المعلقة.
وفي التنبيهات: الحريسة: الماشية في المراعى، والمراح - بضم الميم - موضع مبيت الماشية، وقيل: منصرفها للمبيت، والجرين - بفتح الجيم: كالأندر للتمر، والمجن - بكسر الميم -: الترس.
هذا الحديث، وغيره يشعر باشتراط الحرز مطلقاً، وإن كان إنما ذكر في هذين خاصة، فيكون في غيرها بالقياس.
وفي هذا الشرط ستة فروع.

الأول: في الكتاب: إن كان المسروق وديعة، أو عارية، أو إجارة: قطع؛ لأنه حرز له، أو سرق سارق من سارق ما سرقه: قطعوا كلهم؛ لأنهم سارق، ويقطع سارق ما وضع في أقبية الحوانيت للبيع؛ لأنه حرز لمثله عادة، وكذلك المواقف، وإن لم يكن هناك حانوت، كان ربه معه أو لا، سرق بليل أو نهار، أو شاة وقفها ربها في سوق الغنم للبيع مربوطة أو لا.

وكذلك ما أخذوا من الدور، والحوانيت، غاب أهلها أو حضروا.
وكذلك ظهور الدواب، وإذا اجتمع في الجرين الحب والتمر، وغاب ربه، ولا باب عليه، ولا حائط، ولا غلق: قطع؛ لأنه محرز عادة، ولا يقطع في المواشى في المراعى حتى يأويها المراح، فيقطع، وإن لم يطلق على المراح حائط، أو غلق، ولا يبيت معها أهلها: كالدواب في مرابطها المعروفة، ويقطع السارق من الحمام إن كان مع المتاع من يحزره، وإلا فلا، إلا أن يسرقه أحد لم يدخل الحمام مدخل الناس من بابه: كالمتسور، والنقب، فيقطع؛ لأن هذا الوجه ليس مأذوناً فيه، فيقطع، وإن لم يكن مع المتاع حارس.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٨٣١/٢) عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين المكي مرسلًا، ووصله من حديث عبد الله بن عمرو أبو داود (١٣٦/٢-١٣٧) كتاب اللقطة (١٧١١-١٧١٢-١٧١٣)، وأخرجه -أيضًا- (١٣٧/٤) كتاب الحدود: باب ما لا قطع فيه (٤٣٩٠)، والنسائي (٨٥/٨-٨٦)، في قطع السارق: باب الثمر يسرق بعد أن يأويه الجرين (٤٩٥٨-٤٩٥٩).

وإن جر^(١) ثوبًا منشورًا على حائط، بعضه في الدار وبعضه خارج: فلا يقطع إن كان إلى الطريق.

وكذلك إن سرق متاعًا من ضيع، ومن أذنت له في دخول بيتك، أو دعوته لطعامك: لم يقطع؛ لأنك لم تحرز عنه، وهذه خيانة.

في التنبيهات: اختلف في قوله في الضيف: فقليل: معناه: لم يخرج به، ولو خرج من الدار لقطع، وقيل: معناه: وإن أخرجه وهو مذهب محمد.

وقال سحنون: يقطع وإن لم يخرج به، ومسألة الحمام تشكل على كثير ممن لم يذاكر، فيظن أن من لم ينقب لا يقطع، بل من دخل، وسرق من نقب، أو غيره ممن لم يدخل مع الناس داخل الحمام، أو اعترف أنه لم يأت ليدخل الحمام، بل ليسرق فقط؛ لأن سبب سقوط القطع الإذن في لبس ثياب بعضهم بعضًا، وتنحيها عن أماكنها، ويضع ثيابه مكانها، فإذا اعترف أنه ليس من أهل هذا الإذن: قطع، وقيل: إن سرق من الثياب التي في الطيقان: قطع، كان من الداخلين للحمام أم لا؛ لأنه لم يؤذن في التصرف في الطيقان، وإنما هي لمن يسبق، إلا أن تكون لهم عادة في التصرف فيها، أو تكون كبارًا تحمل ثياب جماعة كما توضع على الألواح.

وفي المنتقى: إن وقف صبي عند باب المسجد على دابة، فسرق رجل ركابي سرجها: قال مالك: إن كان الصبي قائمًا: قطع السارق؛ لأن ربهما إنما جعل ذلك المكان حرزًا؛ بسبب يقظة الصبي، فإن كان نائمًا: فلا قطع؛ لعدم الحرز.

قال ابن يونس: ويقطع سارق ما ييسط في المسجد في رمضان للجلوس، إن كان معه صاحبه، وإن لم يخرج به من المسجد، وكذلك ما يعلق في محارس الإسكندرية من السلاح والمتاع إن كان معه ربه، قطع، وإلا فلا، إلا أن ينقب الجدار من ورائه فيقطع، كان معه أحد أم لا.

ولا يقطع في حلى الكعبة؛ للإذن في دخولها.

قال ابن القاسم: يقطع في حصر المسجد الحرام الذي لا باب له، وفي أبواب المسجد.

وقال أشهب: لا قطع في حصر المسجد، وقناديله، وبلاطه؛ للإذن في الدخول.

(١) في أ: وأزجر.

وقيل: إن سرق الحصر نهازا: لم يقطع، أو تسور عليها ليلاً بعد غلق الباب: قطع. ويقطع في القمح الذى يجمع فى المسجد من زكاة الفطر، وإن لم يخرج به، قاله مالك.

وقال ابن القاسم: يقطع فى ثوب الرجل يكون قريباً منه فى المسجد، ثم يقوم فيصلى، فيتوجه القطع لقبضه قبل أن يتوجه به؛ لأن ذلك حوزه.

وإن سرق الطعام من المطامير فى الفلاة، أخفاه صاحبه: لم يقطع، بخلاف ما هو بحضرة أهله معروف، وأسقط القطع فى الثوب الذى بعضه للطريق بالشبهة، وعن ابن القاسم: يقطع كما على البعير.

واختلف قول مالك فيما على حانوت الصباغ، والقصار، وقال فى الغسال على البحر يبيس الثياب: لا يقطع، كالغنم فى المراعى.

قال محمد: لا قطع فى تمر رءوس النخل فى الحوائط، بخلاف نخلة أو شجرة فى دار رجل، يقطع، وإذا أوى الثمار الجرين، قطع إلا فى جرين الصحراء، ولا حائط عليه، ولا غلق؛ لأن الحديث إنما ورد فى الجرين الذى أهله حوله يحرسونه، وسوى ابن القاسم، لعموم الحديث.

قال مالك فى زرع مصر وقرظها يحصد، ويترك فى موضعه حتى يبيس: لا يقطع فيه؛ لأن الحديث اشترط: إذا أواه لجرين، وكذلك فى الزرع يحصد، فيجمع فى الحائط، فيحمل منه إلى الجرين، يقطع فيه؛ لأنه إذا ضم فى الحائط فى موضع، فهو كالجرين.

قال اللخمي: الحرز ثلاثة:

ما عليه غلق كالدار، والخباء، فيقطع من لم يؤذن له، والإنسان لما معه، أو عليه نائماً، أو يقظان، أو شئ يحرسه، ولا خلاف فى هذين.

والثالث: لا غلق عليه، ولا حارس: كالقنار، والجبل، ففيه اضطراب.

وإن سرق فى الحمام مما يجعل فى الحصر: لم يقطع؛ لأن له أن يجعل حصيرة معها، ويوسع لثيابه، وإن سرق من الحارس من ليس له ثياب عنده: قطع، إلا أن يوهمه أن له عنده ثياباً، أو أذن له فى النظر لم يقطع؛ للإذن، وإن ناوله ثيابه، فمد يده إلى غيرها: قطع، لذهاب الشبهة بأخذه ثيابه، وإن أذن له فى أخذ ثيابه من جملة

الثياب: لم يقطع؛ لأنه حائز^(١) قال ابن القاسم في الأضياف يسرق أحدهم: لم يقطع؛ لأنه بعد الإذن حائز^(٢).

قال محمد: إن سلب بعضهم من كُفٍّ بعض، أو سرق ردائه، أو نعله: لم يقطع؛ لأن الحرز هو البيت لا الكُف.

قال اللخمي: وليس بالبين إن سرق من الكم، والقطع أحسن؛ لأن كل واحد حرز لما عليه، ولأن كل واحد يأمن صاحبه على ما بين يديه، ولا يأمنه على كفه، ومن هذا سرقة أهل السفينة من بعضهم.

وعن أصبغ: يقطع في حصر المسجد، وبلاطه، وقناديله؛ قياساً على الباب، وقاله مالك، سرق ليلاً أو نهاراً، عليه غلق أم لا، وإن لم يخرج به من المسجد؛ لأن تلك المواضع أحرار لذلك.

وعن سحنون: إن خيط الحصر بعضها لبعض: قطع وإلا فلا، وأسقط أشهب القطع مطلقاً، للإذن، ورأى مالك أن الإذن ليس من المالك، وإنما هو شيء أوجبه الحكم، وجعل مالك الكعبة في السرقة مثل المنازل: إن سرق حليها، وهي مغلقة: قطع، وإلا فلا، ولم يجعلها مثل المساجد، ويقطع في بيت القناديل فيه الحصر وغيرها، وإن لم يؤذن في دخوله.

قال عبد الملك: إن سرق في الدار نعلًا: لم يقطع؛ لأنه جعل له تحريكها، وإبعادها، وجعل له [توسعة]^(٣) لنعله.

قال مالك: إن أدخله حانوته، فعرضها عليه، فسرق: لا يقطع؛ لأنه ائتمنه على الدخول، بخلاف أقبية^(٤) الحوانيت.

وقال عبد الملك: يقطع.

وقال اللخمي: الأحوال ثلاثة:

إن أباح له التقلب في صنف: لم يقطع فيه، أو من غيره: لم يقطع عند مالك، وقطع عند عبد الملك، وإن لم يؤذن له في الدخول: قطع اتفاقاً.

(١) في ط: خائن.

(٢) في ط: خائن.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: أفنية.

ويقطع فى تابوت الصيرفى، كان عنده أم لا، إلا أن يكون يتقلب به كل ليلة،
فنسيه لم يقطع.

قال محمد: لا يقطع فى القطانى فى القفاف، أو فى أقبية الحوانيت، فقام
صاحبها وتركها؛ لأنها مما يخف نقلها، فلم يجعل لها ذلك الموضع حرزاً، وإذا
وقفت الغنم للبيع، وسرق منها من أذن له فى تقليبها: لم يقطع، وإلا قطع، وإن
تعامل عليه رجلان: أحدهما يسوم ويقلب، والآخر يسرق: قطع السارق وحده.
قال اللخمى: الأحسن فى الشاة الواحدة فى السوق إذا ذهب عنها صاحبها: عدم
القطع مطلقاً؛ لأنها لا تثبت وحدها فى ذلك الموضع، ولأنها مما يخف نقلها،
واختلف: إذا سيق الغنم من المرعى للمراح، أو أخرجت منه للمرعى، ومعها من
يسوقها: هل يقطع؛ لأنها أواها المراح، أو لأنها ليست فيه؟
قال مالك فى الدواب تكون فى الربيع، ومعها قومتها: لا يقطع فيها؛ لأنه
مرعى، بخلاف الدابة على باب صاحبها.

الثانى: فى الكتاب: إن سرق نخلة من مكانها، أو شجرة فى حائط: لم يقطع،
كالثمار، فإن قطع الجذع صاحبه، ووضع فى الحائط، فهو حرز له، فيقطع.
ويقطع سارق البقل إذا أواه حرزه، بخلافه قائماً. وإن وضع المسافر متاعه فى
خبائه، أو خارجاً من خبائه وذهب لحاجته: قطع فيه، وكذلك فسطاطه مضروباً فى
الأرض، أو احتل بغيراً من قطاره فى سيره، وبان به، أو كفناً من القبر، أو حل
الطراز من داخل الكم، أو خارجه، أو أخرج من الخف ثلاثة دراهم، أو سرق من
محمل شيئاً مستتراً، أو أخذ من ظهر البعير غرائر، أو شقها فأخذ منها، أو ثوباً من
على ظهر البعير مستتراً.

فائدة: فى التنبيهات: الطرار الذى يطر ثياب الناس، أى: يشقها عن أموالهم
ليأخذها. والنطروى: بفتح النون وضمها، وبالنون من أوله وباللام:
قال ابن وهب: هو جنس من الشب، وقال غيره: غاسول يشبه الطفل.
قال ابن يونس: قال أشهب: إذا قطع الجذع، وألقى فى الحائط فى حرز، وله
حارس: قطع.

قال محمد: إن قطعت للحمل حولها لم يقطع.
قال ابن القاسم: إذا أبعد الراعى بغنمه ودخل عليه الليل فى موضع غير مراح،

فجمعها وبات عليها: قطع سارقها؛ لأنه كالمراح.

قال الطرطوشي: أشار - عليه السلام - إلى اعتبار الحرز في حديث الجرين، ولم يبين صفته، ووكله^(١) إلى اجتهد العلماء؛ ليعظم أجرهم.

والقاعدة: أن كل ما لا ينص على ضبطه يرجع فيه للعادة: كالنفقات، وغيرها، فحرز كل شيء على حسب عادة.

قال مالك: القبر حرز لما فيه، كان في البيت أو الصحراء، يقطع سارقه إن أخرجه إلى وجه الأرض، وإن كفن، وطرح في البحر: قطع آخذ كفنه، شد إلى خشبة أم لا، ووافقنا أحمد.

قال (ش)^(٢): إن كان القبر في دار، أو في المقابر: قطع، أو في الصحراء: فقولان مبيان على أن الولي يضمن الكفن: فلا يقطع، أو لا: فيقطع.

وقال (ح): لا يقطع مطلقاً.

لنا: العمومات، والأقيسة على المنازل وغيرها، وقوله - تعالى -:

﴿أَلَّا تَجْعَلَ لِّلْأَرْضِ كِفَاتًا أَحْيَاءَ وَأَمْوَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٥، ٢٦] والكفت: الستر، فالدور كفات الأحياء، والقبر كفات الأموات.

وروى عنه - عليه السلام - أنه قال: «مَنْ عَرَّقَ عَرُفَتَاهُ، وَمَنْ حَرَّقَ حَرُفَتَاهُ، وَمَنْ نَبَشَ قَطْعَتَاهُ»^(٣)

وكتب ابن مسعود إلى عمر بن الخطاب - رضى الله عنهما - في نباش، فأمر بقطعه، فقطعه.

وقطع ابن الزبير نباشاً في عرفات وهو محرم، فلم ينكر عليه أحد، فهو إجماع الصحابة، ولأنه حرز تملكه، وهو على ملكه، فيقطع كالحى، وملك الميت إنما يزول عما لا يحتاج إليه؛ بدليل وفاء الدين من تركته، ولا تبرأ ذمته بغير ملكه.

احتجوا بأنه لا يسمى سارقاً، بل نباشاً، وعند أهل المدينة يسمى: المختفى، قالت عائشة - رضى الله عنها - : لعن الله المختفى والمختفية، وقال - عليه السلام - :

(١) فى أ: على.

(٢) بياض فى أ.

(٣) أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى (٤٣/٨) وانظر الكلام عليه فى نصب الراية (٣٤٣/٤).

«لا قطع على المخفى»^(١) ولأن القبر ليس بحرز؛ لأنه لا قفل عليه، ولأنه لا تحرز فيه الدنانير كسائر الأحرار، ولو دفن معه مال لم يقطع آخذه اتفاقاً، ولو كان حرزاً لكان حرزاً لما زاد على الكفن المعتاد، ولو كفن في عشرة أثواب، فسرق الزائد على الكفن: لم يقطع، ولأن الكفن إنما يوضع للبلى، لا للحفظ، ولو وضع الكفن في قبر بغير ميت لم يكن حرزاً له، ولو وضع الميت على شفير القبر: لم يقطع سارق كفنه، فالميت والقبر ليس حرزاً، والاجتماع لا يزيد على الانفراد، ولأنه ليس حرزاً للناس؛ لأنه لا يدخل بإذن الولي، ولا غيره، وإنما هو حرز لله - تعالى - والخلق عباد الله، والعبد لا يقطع من حرز سيده، ولأنه مال مدفون، فلا يقطع فيه كالبدن.

والجواب عن الأول: أنه سارق، لقول عائشة - رضى الله عنها -: سارق موتانا كسارق أحيائنا^(٢). ويقال في العرف: سرق الكفن، ولأن السارق: الآخذ خفية، والنباش كذلك.

وعن الثاني: مجمل الحديث على ما إذا لم يخرج، أو له فيه شبهة؛ جمعاً بين الأدلة.

وعن الثالث: أن حرز كل شيء على حسبه، فقد يصلح حرزاً لشيء دون غيره؛ لأن ضابط الحرز العادة، والعادة في الأموال مختلفة اتفاقاً، وهو الجواب عن الزائد في الكفن، والمال مع الميت؛ لأنه خلاف العادة.

وعن الرابع: أنه يقصد حفظه عليه في القبر حتى يبلى، فكونه يبلى لا يتنافى قصد الحفظ.

وعن الخامس: أن العادة شهدت بأن الحفر لا يكون حفظاً للقماش إلا كفناً، ف«الكفن»^(٣) وحده خلاف العادة، وكذلك الميت على شفير القبر، لم تشهد العادة بأن شفير القبر حرز؛ لأن ضابط الحرز ما لا يعد الواضع فيه مفزطاً، والواضع في

(١) غريب، كما في نصب الرأية (٣/٣٦٧) وقال الحافظ في الدراية: لم أجده.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الرأية (٣/٣٦٧)، وأخرجه الدارقطني من طريق عمرة عن عائشة - رضى الله عنها - أنها قالت: إن كسر عظم الميت ميتاً مثل كسره حيّاً في الإثم (٣/١٨٨) حديث (٣١٣).

(٣) في ط: إلا كفوو وأن الكفن.

غير القبر مع تركه مفرطاً، وبالضابط تظهر هذه النصوص كلها، بأن واضح الميت مع الكفن في القبر ليس مفرطاً، وغير ذلك يعد مفرطاً.

وعن السادس: لا نسلم أنه ليس حرزاً للغير، بل حرز للميت وبيته^(١)، كالدار حرز للحى وبيته؛ لقوله - تعالى - : ﴿أَلَمْ يَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا أَحْيَاءَ وَأَمْوَاتًا﴾ [المرسلات: ٢٥] وعدم الدخول بالإذن، كعدم الدخول في البيت على الحى العريان.

سلمنا أن الحرز لله - تعالى - لكن الكفن للميت، فهو كعبد سرق من بيت سيده مال غير سيده، يقطع.

وعندنا: إن سرق من بيت سيده مال غير سيده يقطع، وعندنا: أن من سرق من بيت الله - تعالى - ذلك يقطع.

وعن السابع: أن البذر فيه للعلماء ثلاثة أقوال: القطع: كالكفن، وعدمه: لأنه لم يوضع للحفظ، بل للنبات، والفرق بينه، وبين الكفن: أن كل حبة في حرزها، فهو مخرج من كل حرز دون النصاب، وهو المختار.

الثالث: إن نزل المسافرون كل واحد على حدة، فسرق أحدهم من الآخر: قطع، كأهل الدار ذات المقاصير، ومن ألقى ثوبه في الصحراء، وذهب لقضاء حاجته، وهو يريد الرجعة إليه ليأخذه، فسرقه رجل سراً: قطع إن كان منزلاً نزله، وإلا فلا.

قال ابن يونس: قال أشهب: إن طرحه بموضع ضيعة: لم يقطع، أو بقرب منه، أو خبائه، أو خباء أصحابه، وسرقه غير أهل الخباء: قطع.

قال محمد: وأما أهل السفينة يسرق بعضهم من بعض: فلا قطع، كالحرز الواحد، إلا أن يسرق من غير أهل السفينة مستتراً، فليقطع إذا خرج من المركب.

الرابع: في الكتاب: إن سرق من سفينة: قطع، والسفينة نفسها، فهي كالدابة تحبس وتربط، إن كان معها من يمسكها: قطع كالدابة بباب المسجد وفي السوق،

(١) في أ: ويفته.

وإن نزلوا سفينتهم منزلاً، فربطوها: قطع، كان معها صاحبها أم لا؛ لأنه كالحرز لها.

قال ابن يونس: قوله: يقطع سارق السفينة، يريد: أنه من غير أهلها، فيقطع إذا أخرجه من السفينة، أما أحدهم فلا؛ لأنها كالحرز الواحد.

قال محمد: إن أرسى السفينة بموضع يصلح أن يرسى بها فيه: قطع، وإلا فلا؛ لعدم شهادة العادة بأنه حرز لها.

قال اللخمي: إن انفلتت من المرسى: لم يقطع، فإن أرسى بها في غير مرسى: قطعه ابن القاسم دون أشهب، ولو كان معها في البر من يحرسها: قطع عندهما. الخامس: في المقدمات: الدور ستة:

دار حجرها ساكنها، أو مالكاها عن الناس: يقطع سارقها إن خرج من الدار، ولا يقطع إن خرج من بعض بيوتها، ولم يخرج منها، ودار أذن فيها ساكنها، أو مالكاها لخاص كالضيف، أو رسول يبعثه ليأتيه بقماشه، فيسرق ذلك الخاص من بيت حجر عليه فيه: ففي المدونة: لا يقطع، وإن أخرجه من جميع الدار؛ لأنه خائن لا سارق.

وقطعه سحنون، وإن لم يخرج من جميع الدار إذا أخرجه إلى موضع الإذن؛ لشبهه بالشركاء في ساحة الدار إذا سرق أحدهم من بيت صاحبه، وأخرجه إلى ساحة الدار، وعنه: لا يقطع حتى يخرج من جميع الدار.

ودار انفرد بسكانها مع امرأته، فسرقت الزوجة، أو أمتها من بيت حجره عليها، أو الزوج، أو عبده من مالها المحجور عليه: فظاهر المدونة: يقطع إن أخرجه إلى موضع الإذن.

وعن مالك: لا يقطع؛ لأنها خيانة.

ودار^(١) أذن فيها إذناً عاماً [كالعالم]^(٢)، والطبيب، أو يحجر على بيت منها دون بقيتها، يدخل بغير إذن: فيقطع من سرق من بيت محجور إذا خرج به من جميع

(١) في أ: ولدان.

(٢) سقط في أ.

الدار، ولا يقطع السارق من قاعتها، ولا من غير المحجور من بيوتها، اتفاقاً حتى يخرج من جميع الدار؛ لأن بقية الدار من تمام الحرز، ففارقت الحجر، فإنه لا يدخل إلا بإذن صاحبها.

ودار مشتركة بين ساكنيها، مباحة لسائر الناس: كالفندق، فقاعته مباحة للبيع والشراء، فهي كالمحجة، فالسارق من البيوت، من السكان أو غيرهم: إذا أخذ في قاعة الدار: قطع اتفاقاً.

ودار مشتركة بين ساكنيها، محجورة عن الناس: من سرق من بيت صاحبه، قطع إذا خرج إلى قاعة الدار، وإن لم يخرج عن الدار ولا أدخله بيته، ولا قطع في السرقة من قاعة الدار، وإن أدخله بيته، أو خرج^(١) به من الدار؛ لأنها مأذون فيها لهم، إلا إن سرق من قاعتها دابة من مربوطها المعروف^(٢) لها، ونحوه من المتاع الثقيل الذي يجعل بعضه على بعض، فذلك الموضع حرز له.

وإن سرق زوجته لأحد سكانها، أو زوجها، أو رقيقها من مال صاحبه من بيت محجور عليه منه: قطع اتفاقاً، أو أجنبى من بيت من بيوت الدار، وأخذ في قاعتها، وكالثوب المنشور، فيخرجه من الدار، فظاهر المدونة: يقطع في الوجهين، والقياس: إذا قطع في الوجه الثاني ألا يقطع في الوجه الأول، وعليه حمل عبد الحق ما في المدونة، وإذا قطع في الأول [فالقياس] ألا يقطع في الثاني، وعليه حمل التونسي ما في الموازية، فتتحصل أربعة أقوال.

واختلف^(٣) إذا سرق أجنبى ما نسي بعض الأشرار في القاعة مما لم يقصد وضعه فيها: قطعه ابن القاسم دون محمد.

فإن كان موضعاً له كمربط الدابة: قطع اتفاقاً، إن أخرجه من الدار، فإن أخذ قبل ذلك، ويان به عن موضعه: فعلى الخلاف إذا أخرجه من البيت إلى القاعة.

وفي النكت: الدار المشتركة المحجور عليها لغير السكان كدور مصر، إن نشر أحد ثوبه على ظهر بيته المحجور عن الناس: قطع سارقه، وإن أخذ في الدار، قاله

(١) في أ: أخرج.

(٢) في أ: معروف.

(٣) في أ: وأن اختلف.

ابن القاسم.

قال محمد: إن كان السارق من أهل الدار، وإلا لم يقطع حتى يخرج من جميع الدار.

السادس: فى الجواهر: إن علم صاحب الحرز بالسارق، فتركه حتى خرج، ثلاثة أقوال:

لا يقطع لمالك؛ لأنه مختلس بسبب الاطلاع، وقطعه أصبغ، وفرق بعض المتأخرين: إن شعر بمعرفته، ففر: لم يقطع.

الركن الثالث: السرقة، وهى الإخراج، وفيه طرفان:

الطرف الأول، فى وجوه النقل، وقد تقدم فى الحراة أن أخذ المال عشرة أقسام، أحدها، السرقة، وفيه ثلاثة فروع:

الأول: فى الكتاب: إذا سرق جماعة ما تعاونوا على إخراجه من الحرز؛ لثقله: قطعوا إن كان قيمته نصاباً، وإن حملوه على ظهر أحدهم؛ ليخرج به، ولم يقدر على إخراجه إلا برفعهم معه [قطعوا]^(١)، وإلا قطع الخارج به وحده؛ لأنه السارق، ولم^(٢) يقطع من أعانه، وإن خرج كل واحد بشيء، وهم شركاء فى المخرج: لم يقطع إلا من أخرج نصاباً.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إن خرجوا بالشئ الخفيف يحملونه كالثوب، وفى قيمته لكل واحد ربع دينار: قطعوا، أو أقل^(٣): لم يقطعوا؛ لأن كل واحد سرق دون النصاب، وقاله مالك.

قال اللخمي: وقيل: الخفيف كالثقل، كالألأ يخرج به إلا اثنان، فأخرجه أربعة: جرى على الخلاف فى الخفيف، وإذا لم يستطع إخراجها إلا بحمل الجماعة عليه: قال أبو مصعب: يقطع المخرج وحده؛ لأن غيره متوسل لا سارق، وخلاف ما فى الكتاب، ووافقوا^(٤) إذا حملوها على ظهر دابة: أنهم يقطعون.

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: لا.

(٣) فى ط: أقر.

(٤) فى أ: ووافق.

وقد اختلف في هذا الأصل: إذا قربوه، فجره الخارج بيده، أو ربطوه فجره: بالقطع وعدمه، وإن حملوه على صبي، أو مجنون: فكالدابة، وإن أخرجها من غير أن يأمره: لم يقطعوا، فإن سرق أحدهم دينارًا، فقصاه لأحدهم قبل أن يخرجوا، فأودعه إياه، قال محمد: يقطع من خرج، وكذلك لو باعه ثوبًا في الحرز، ولو دخل رجل على السارق، فباعه ثوبًا، فخرج المشتري، ولم يعلم أنه سارق: لم يقطع واحد منهما، فإن أخذ في الحرز، وقد اتزر بإزار، فانفلت به عليه: قال ابن القاسم: لا يقطع، علم به أهل البيت أم لا؛ لأنه مختلس، فإن قال كل واحد منهم: ما أخرجها إلا الآخر، وأنكر الكل، وتنازعوا: لم يقطعوا، ويستظهر في ذلك باليمين؛ رجاء الإقرار، إلا أن يكون فيهم من يراى ستره، فلا يحلف، ويحلف الباكون.

الثاني: في الكتاب: إذا جمع المتاع، وأدرك في الحرز قبل الخروج: لم يقطع، وإن كانت دار مأذون فيها، وفيها تابوت مغلق، فأخذ رجل مأذون له متاع ذلك التابوت، فأخذ قبل أن يخرج به: لا يقطع؛ لأجل الإذن، وإن كان ممن لم يؤذن له: لم يقطع أيضًا؛ لأنه لم يبرح بالمتاع، وإذا نقب، فأخرج بعود: قطع، وإن دخل، وناول آخر خارجه: قطع الداخل وحده، أخذ في الحرز أو خارجه؛ لأن المخرج والخارج آلة له، وإن أخذ في الحرز بعد أن ألقى المتاع خارج الحرز: توقف فيه مالك بعد أن قال: يقطع.

قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يقطع؛ لأنه مخرج^(١) وإن ربطه الداخل بحبل، وجره الخارج: قطعًا جميعًا، وإن ناول أحدهما صاحبه، وهما في الدار: لم يقطع إلا المخرج، وإن قربه إلى باب الحرز، أو النقب، فتناوله الخارج: قطع وحده؛ لأنه المخرج، فإن التقت أيديهما في المناولة في وسط النقب: قطعًا معًا.

قال ابن يونس: قال عبد الملك: إذا رمى بالمتاع من الحرز، فأتلفه قبل خروجه، ففر من الحرز قاصدًا لإتلافه، كرميه في نار: لم يقطع؛ لأنه لم يخرج به من الحرز، أو قاصدًا أخذه بعد الخروج: قطع، وإن أخذ في الحرز؛ لأنه قصد السرقة.

والفرق عند ابن القاسم بين المتناول للسرقة من الداخل: لا يقطع الداخل، وبين

(١) في ط: يخرج.

المار بالحبل: يقطع الداخل: أن المتناول منه كما لو كانا جميعًا في الحرز، فناول أحدهما الآخر شيئًا، فخرج: لا يقطع إلا الخارج، وربط الحبل من عمل الداخل، فقد استويا في الإخراج، فيقطعان.

ورأى أشهب أن المناولة كالربط.

قال [مالك]: إن أشار للشاة بالعلف: لا يقطع؛ لأن خروجها بإرادتها، وقطعه^(١) ابن القاسم: لأنه مكره لها بذلك.

قال اللخمي: اختلف في ثمانى مسائل:

تقريبها إلى النقب، ويخرجها من هو خارج الحرز، والربط لمن هو خارج، والربط لمن هو على سقف البيت.

والرابعة: رميها، فتؤخذ قبل أن يخرج هو.

والخامسة: يرميها، فتهلك خارجًا.

والسادسة: أن يسرق بإدخال^(٢) يده.

والسابعة: الإشارة إلى طائر، أو أعجمى بشيء، فيخرج.

والثامنة: حمل المتاع، وهو في الحرز على غيره. وخالف أشهب بالقطع^(٣) في المقرب للنقب، وقطعهما معًا، وقطع ابن القاسم الخارج وحده، إلا أن تلتقى أيديهما في النقب، فيقطعان.

قال محمد: إذا لم يبين به على السطح لم يقطع؛ لأن السطح من الحرز كداخله. قال مالك في ثلاثة: أحدهم في الحرز، والآخر على ظهره، والآخر في الطريق، فناول الأسفل الذى على ظهره، وناول الثانى الذى فى الطريق: قطع الأولان دون الثالث؛ لأنه ليس فى الحرز، إلا أن يمد يده حتى يصير فوق ظهر البيت، فيقطع الكل.

قال اللخمي: قطع الذى فى أسفل البيت ليس بالبين؛ لأنه لم يخرج، فقطع الأعلى^(٤) وحده، إذا مد يده إلى من فى الطريق، أو مد الخارج يده فوق السطح،

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: ما دخل.

(٣) فى أ: فالمقطع.

(٤) فى ط: العلى.

وقطع مالك فى الشاة، والأعجمى؛ لأن فعلهما أخرجهما من الحرز، ولو كان بالرطانة للأعجمى، ومنع ابن نافع فى الرطانة، إن دعاه، فأطاعه، بخلاف لو غره، كقوله: سيدك بعثنى إليك.

الثالث: فى الكتاب: إن أكل الطعام فى الحرز: لم يقطع، وضمنه، وإن دهن رأسه، ولحيته وخرج، وقيمة ما يمكن سلته عنه نصاب: قطع؛ لأنه الذى أخرجته، وإلا لم يقطع، وإن ذبح شاة، أو أحرق ثوبًا، أو أفسد طعامًا فى الحرز، إنما ينظر إلى قيمته بعد الإخراج، وقاله (ش).
وقال [(ح)]^(١): لا يقطع.

لنا: العمومات، والقياس على إخراجها عنه.

احتج بأنه لزمه الضمان، فلا يقطع فيما لزمه.

وجوابه: أن القيمة إنما تلزم بعد الحكم.

قال ابن يونس فى العتبية: لو ابتلع دينارًا فى الحرز، وخرج: قطع؛ لأنه خرج به، ويخرج منه، فيأخذه.

قال محمد: وتضمنه ما يخرج بالثلث^(٢) وهو نصاب، ضمنه فى يسره دون عدمه، إذ فيه قطع، والزائد على ذلك يضمنه فى عدمه، وملائه، ويحاص به غرماء.

وفى الموازية: إن خرج بالشاة مذبوحة، وله مال يوم السرقة: يضمن قيمتها حية، وإن لم يكن له مال: اتبع بما بين قيمتها حية وقيمتها مذبوحة؛ لأن ما أفسده فى الحرز من كسر جرة زيت، أو حرق ثوب: ضمن قيمته إذا قطع، له مال أم لا؛ لأنه ليس فيه قطع، وإنما القطع فى المخرج، فإن لم تكن قيمة الجميع نصابًا: اتبع بالجميع فى ملائه وعدمه، وإلا إن أراد رب الثوب أخذه محرقًا: سقط الضمان، وإن دخل بثوب الحرز، فصبغه بزعفران، وخرج به: فإن زادت قيمته يوم الخروج نصابًا: قطع، بخلاف الدهن فى الرأس؛ لأنه لا يزيد فى قيمة المدهون، وإن كان عبدًا، ويضمن الزعفران كله فى ملائه، وإن كان عديمًا وقد قطع، فلا يسقط قيمته

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: بالبيت.

الزائد؛ لأنه عين قائمة، ولم يهلك الثوب، وقيمة باقى الزعفران يأخذه من باقى ثمن الثوب، إن لم يكن على السارق دين، وإلا تحاصوا، ولو أخرج الزعفران، فصبغ به خارج الحرز، فرب الزعفران أولى بالثوب حتى يقطع ما زاد فيه الصبغ، والغرماء أحق بما بقى من الثوب، وإن لم يزد الزعفران فى قيمة الثوب، وقطع فيه وهو عدم لا يتنفع بشيء منه، وغرماؤه أحق بالثوب، بخلاف لو سرق ثوباً، فصبغه بزعفران نفسه، فلم يزد: لا شيء عليه لغرمائه مع صاحب الثوب، وفيه اختلاف، فإن سرق زعفراناً، فصبغ به ثوبه، فباعه: فرب الزعفران أحق بالثوب فى عدمه حتى يستوفى ما زاده صبغه على قيمته أبيض، وكذلك لو باعه المبتاع من ثان، أو ثان من ثالث؛ لأنه عين شبه، والبائع متعدد، بخلاف بائع ثوبه الذى صبغه له الصباغ ليس للصبغ فيه طلب بصبغه؛ لأنه غير متعدد فى البيع، فهو كما لو اشترى سلعة، فباعها، فإن أفسده فى الحرز، وأخرجه وقيمه نصاب: ليس لربه أخذه فى الفساد الكثير، ويتبعه بما نقص؛ لأنه لا يسلم إليه إلا بعد وجوب القطع، وله أخذه بما لزمه داخل الحرز، إلا أن يكون على السارق دين، فليحاصص، وله أخذه فى عين الفساد الكثير، ويتبعه بما نقص بفعله فى الحرز؛ لأنه جناية^(١) قبل السرقة.

وإن أخرجه، وأفسده فساداً كثيراً: لا يأخذه، وما نقصه عند أشهب، بل قيمته يوم سرقه، أو يأخذه مفسداً بغير شيء؛ لأنه أحدث ذلك بعد ضمانه، وإن سرق أمة أعجمية، وأصابها عنده عيب مفسد، تلزمه به قيمته يوم السرقة، فوطئها: حد للسرقة، والزنى إن كان بكراً، وإلا رجم، ولم يقطع، ولا تصير الأعيان له إذا جنى عليها حتى يقضى عليه بالقيمة.

وفى الجواهر: إن وضع المتاع على الماء، فخرج من الحرز، أو فتح أسفل المكارح^(٢) حتى ذهب ما فيه من حب، أو وضعه على ظهر دابة، فخرجت به: قطع؛ لأن ذلك كله عن عمله، وبه خرج.

[الطرف الثانى]^(٣): المنقول إليه.

(١) فى ط: خيانة.

(٢) فى أ: البطارح.

(٣) بياض فى أ.

وفى الجواهر: لا يقطع بالنقل^(١) من زاوية إلى زاوية، بل من الحرز إلى ما ليس بحرز.

[النظر الثانى:] فى إثبات السبب

وفيه عشرة فروع:

الأول: فى الكتاب: يسأل الإمام البيئ^(٢) عن كيفية الأخذ، والإخراج، والمأخوذ: فإن كان فيه شبهة: درأ الحد.

فى النكت: قال سحنون: إذا كانوا عالمين بمواقع الشهادة: لم يسألوا، وإلا سئلوا^(٣)، ومنعه غيره؛ لأن رأى الحاكم قد يكون نفى القطع.

قال اللخمى: إن غابوا قبل أن يسألوا: لم يقطع؛ لإمكان الشبهة، إلا أن يكونوا من أهل العلم، ومذهبهم مذهب الحاكم، وكذلك الزنى، فإن غاب ثلاثة فى الزنى، أو واحد فى السرقة: سئل الباقي.

قال محمد: إن غاب أربعة فى الزنى: لم يسأل الباقي. وليس بالبين.

الثانى: فى الكتاب: يحبس حتى تزكى^(٤) البيئ، فيحد.

وإن غاب الشهود، أو رب السرقة أم لا، أو ماتوا، أو عموا، أو جنوا، أو خرسوا، وكذلك الحقوق؛ لأن المقصود ثبوت مناط الصديق بالعدالة، وإن ارتدوا، أو فسقوا قبل الحكم؛ لأن ذلك يدل على سوء سريرتهم قبل ذلك، وإن فسقوا، أو حدوا بخمر قبل الحد، وبعد الحكم، أقيم الحد والقصاص، وجميع الحقوق؛ لتقدم الحكم، ولا تفرق البيئ إن كانوا عدولاً مبرزين، إلا أن يستنكر الإمام [شيئاً]^(٥).

فى التنبيهات: منع مالك من الكفيل؛ لأنه لا كفالة فى حد، أما بعد الشرط فلازمة، أو من الناس فى الأمر القريب، فيجوز كالسجن.

وقوله: عموا أو خرسوا، من سؤال من تمتنع شهاداتهم، والمذهب: يخبر بها

(١) فى أ: بالتقى.

(٢) فى أ: السارق.

(٣) فى أ: ولا يسئل.

(٤) فى أ: تركن.

(٥) سقط فى ط.

ابتداء، وقيل: لعله يريد في الزنى، وحيث تمتنع شهادة الأعمى، وهو يبطل بقوله: أو خرسوا.

قال اللخمي: فيها أربعة أقوال:

الترقة بين أن يحكم بها، فيقطع، أم لا، فلا.

وقال مطرف: ذلك في حق الأدمى: كالقذف والقتل، دون حق الله: كالسرقة. وقال محمد: إن أحدثوا بعد الشهادة، كالزنى والسرقة والخمر: لم يحكم بها، بخلاف أن يقدفوا، أو يقتلوا قتيلاً على نافذة، أو اقتل هو ومن شهد عليه: لم تسقط، وقضى بها؛ لأنه مما لا يخفيه الناس.

وقال عبد الملك: إن أشهد^(١) على شهادتهم، أو سمعت منهم قبل، فعادوه، فشهدوا عليه بعد العداوة: جاز، وكذلك كل ما لا يستتر به، كالقذف، إذا قيدت قبل. قال اللخمي: وأرى ألا يمضى بها إذا زنوا، أو شربوا، وإن كان حكم بها، كانت الشهادة بحق الله تعالى، أم لا.

قال: ولو نقض الحكم، وإن أخذ الحق لاتبه^(٢)، كما لو علم ذلك قبل الحكم، وأما الارتداد، وما لا يخفيه غالباً: فلا ترد الشهادة إذا كانت لأدمى، ولا تمضى إن كانت حداً لله - تعالى - لأن ذلك شبهة.

الثالث: في الكتاب: يحرم الكف عن الشهادة إذا رفع السارق للإمام؛ لتعين حق الله - تعالى - بوصوله إلى نائبه، وإن عاينت البيئة إخراج المتاع من البيت، ولا يدرون لمن هو: فلا يشهدوا بملكه لرب البيت، بل يؤدوا ما عاينوا، وتقطع يد السارق، ويقضى بالمتاع لرب الدار؛ لأن اليد ظاهرة في الملك، وكذلك إن عاينوا الغصب، وإن شهد أحدهم أنه سرق نعمة، والآخر كبشاً: لم يقطع، وكذلك يوم الخميس، ويوم الجمعة؛ لأنهم لم يشهدوا على فعل واحد.

في النكت: قيل: إن اتفقا على عين المسروق: لا يضر الاختلاف في اليوم في الغرامة، ويغرم قيمة ذلك الشيء، وإن اختلفا في عينه كالنعجة، والكبش: فللمسروق منه أن يدعى أحد الشهادتين، ويقضى له بها.

(١) في أ: شهد.

(٢) في ط: لا تحد.

قال محمد: يحلف مع أى شهادة شاء، أو معهما، ويقضى بهما جميعاً، ما لم تكن شهادتهما فى وقت واحد، وموضع واحد، فيكون تكاذباً، فتسقطان.
قال اللخمي: يريد فى الكتاب، فى النعجة، والكبش: أنه فى سرقة واحدة، فإن كانا فى سرتين، فقال أحدهما: سرق أمس كبشاً، وقال الآخر: اليوم نعجة، ففى جمع الشهادة والقطع قولان، فإن قال أحدهما: سرق بالمدينة، وقال الآخر: بمصر:

قال مالك: لم يقطع؛ لأنهما فعلان، قال: وفيه بعد.
الرابع: فى الكتاب: إن قالت البينة قبل القطع: وهما، بل هو هذا الآخر: لم يقطع واحد منهما، للشك، وما بلغ من خطأ الإمام ثلث الدية، فأكثر: فعلى عاقلته، مثل خطأ الطبيب، والمعلم، والخاتن.
وإذا رجع الشاهدان قبل الحكم، ولهما عذر بين يعرف به صدقهما، وهما بيّنا العدالة: أقيلا، وإلا لم يقبل فى المستقبل، فإن شهد رجل وامرأتان: لم يقطع، وضمن المسروق، فإنه مال، ولا يمين على صاحب المتاع إن كان قائماً بعينه؛ لاستقلال السبب.

فإن شهدت على غائب: قطع إذا قدم، ولا تعاد البينة إن كان الإمام استوفى تمام الشهادة.

الخامس: فى الكتاب: إن شهدت البينة على إقراره بالسرقة، فأنكر، وذكر قولاً يعذر به، أو جحد الإقرار أصلاً قبل، كالزنى؛ لأنه شبهة، وإن أقر عبد، أو مكاتب، أو أم ولد بالسرقة: قطعوا إذا غيبوا السرقة، وأظهروها.
فإن ادعى السيد أنها له: صدق مع يمينه.

وقال مالك فى ثوب بيد أمة، ادعاه السيد وأجنبى، وصدقت الأجنبى: قضى به للسيد مع يمينه؛ لأن إقرار العبد على سيده فى ماله باطل، ويد السيد ظاهرة فى ملكه.

قال الطرطوشى: يقبل إقرار الرقيق فيما يلزمه فى يديه من حد أو قصاص دون المال.

وقال (ح): يقبل فى القطع والمال، ويرد المال لصاحبه.

وعن [(ش)]^(١) القولان، واختلف أصحابه في محلها، فقيل: إذا كانت العين قائمة، أما الفاتئة: فقولاً واحداً.

ومنهم من عكس، ومنهم من أطلقها، وقيل: لا يقبل في نفس، ولا مال. لنا في القطع: ظواهر العمومات، والقياس على الحر.

احتجوا بقوله - تعالى - : ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا﴾ [الأنعام: ١٦٤] وقبول إقراره كسب على سيده، فلا يقبل، وبقوله - عليه السلام - : «لَا يَحِلُّ مَالُ أَمْرِي مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»^(٢) والعبد مال السيد، ولم تطب به نفسه، وبالقياس على الإقرار بالقذف.

واحتج (ح) بالقياس على الحر.

والجواب عن الأول: أنه كاسب على نفسه؛ لأنه إنما أقر عليها، ولزم بطريق العوض حق السيد، فهو كالحر يقر بالقتل، فيؤذى أبويه، وغيرهما. وعن الثاني: أن المال ظاهر في المتمحض^(٣) للمالية، وهذا آدمي، المال فيه تبع، والأصل: عدم تناول اللفظ له. وعن الثالث: أن الدين يتهم فيه بإضرار السيد، أما ما يؤلمه، فبشريته تمنعه من الكذب عليها.

وعن الرابع: أن الحر غير متهم، والعبد متهم على السيد. تفريع:

في التنبيهات: إذا شهدت بالإقرار بالحرابة وهو ينكر: أقيل. وفي غير الكتاب: يقال في الزنى، وإن لم يأت بعذر. وفي النكت: قوله: إذا عين الرجل السرقة، يريد: لا يقبل رجوعه بعد تعيينه^(٤)، كالبينة، وإن لم يعين، وتمادى على إقراره: قطع وإلا فلا. في النوادر: قال مالك: إذا تعلق صبي بعبد، وأصعبه تدمي، وادعى أنه جرحه، فأقر: قبل قوله، وذلك في رقبته، وأما على غير هذا الوجه، فلا يقبل إقراره.

(١) سقط في أ.

(٢) تقدم.

(٣) في أ: الحصن.

(٤) في ط: تعيينه.

قال محمد: لا يتبع بالسرقة المقر بها في رقه، ولا بعد عتقه، وإن قطع، وكذلك إن كانت بينة إذا لم توجد بعينها.

وقال أصبغ: تؤخذ قيمتها مما بيده من مال.

قال محمد: إلا أن يقر بعد العتق أن ثمنها في الذي بيده، وما سرق مالا قطع فيه مما لا يؤتمن عليه بخيانة، وما فيه إذن ففي ذمته، كإذذك له في دخول منزلك، فسرق.

قال اللخمي: اختلف إذا لم يأت الحر بعذر: هل يقال؛ لحديث ماعز أو لا؟ لأن الأصل: لزوم الإقرار، وهذا إذا لم يعين السرقة.

فإن عين: فظاهر المدونة: يقال؛ لأنه لم يفرق.

وعن ابن القاسم: لا يقال إذا عين، ولم يفرق أنها عين أو عرض.

وعنه: ليس في الدنانير تعيين على أصل المذهب أنها لا تتعين، ويريد -أيضا- المكيل، والموزون.

وعن أشهب: لا يقبل إقرار العبد بالقتل، وإن عين القتييل، إلا أن يكون معه، أو يرى متبعه، أو نحوه.

وقيل: لا يقبل مطلقا، إلا أن يقوم لذلك دليل؛ لأن إقراره يتضمن أذية سيده. وإذا قبل في السرقة: عاد المقال بين المقر له بالسرقة، وبين السيد، فإن كان العبد مأذونا له: صدق، وأغرم ما أقر به، أو غير مأذون: لم يصدق، إلا أن يقول السيد: لا أعلم لى فيها حقا، والمقر به لا يشبه أن يكون ملك العبد، وإن قطع، وقد استهلك: لم يتبع مع العدم، وإن أقر المحجور عليه: لم تؤخذ منه السرقة، إلا أن يكون مما لا يشبه أن تكون من كسبه، فإن أقر أحد تحت التهديد: فخمس أقوال:

قال مالك: لا يؤاخذ.

قال ابن القاسم: فإن أخرج المتاع، أو القتييل: أقيل، إلا أن يقر بعد الأمن، أو يعرف وجه إقراره ويعين، مثل ذكر أسباب ذلك، وبدايته، ونهايته، وما يعلم أنه فيه غير مكره.

وعن مالك: إن عين السرقة: قطع؛ لأن التعيين كالبيئة، إلا أن يقول: دفعتهما للفلان، وإنما أقررت لما أصابني، ولو أخرج الدنانير: لم يقطع؛ لأنها لا تعرف.

وعن أشهب: لا يقطع، وإن ثبت على إقراره؛ لأن ثبوته خوف العودة للعقوبة، إلا أن يعين السرقة، ويعرف أنها للمسروق منه؛ لثلا يخرج متاع نفسه، ويعترف به؛ ليخلص من العقوبة.

وعن سحنون: يؤخذ بالإقرار من الرجل، وهو في الحبس من سلطان عادل، ولا يعرف ذلك إلا من ابتلى بالقضاء.

قال ابن يونس: «أَتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِلِصٍّ اعْتَرَفَ وَلَمْ يُوجَدْ مَعَهُ مَتَاعٌ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ؟ قَالَ: بَلَى، فَأَعَادَهَا عَلَيْهِ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَأَمَرَ بِهِ فَقُطِعَ، فَقَالَ: اسْتَغْفِرُ اللَّهَ، وَتُبُّ إِلَيْهِ، فَقَالَ: اسْتَغْفِرْتُهُ، وَتُبْتُ إِلَيْهِ، فَقَالَ: اللَّهُمَّ تُبِّ عَلَيْهِ»^(١).

وظاهره: أنه لو رجع لقبل رجوعه، وكل حد لله يقبل فيه الرجوع، إلا أن يأتي بما يشبه البيعة من تعيين السرقة، أو غيرها، وهو من أهل التهم. السادس: في الكتاب: إن أقر فكذبه المسروق منه، أو قال: هو له، أو أودعته، أو بعته^(٢) رجل معي إليه: قطع بإقراره؛ لأن الإقرار سبب لا يسقط إلا بسبب شرعي. وقوله ذلك ليس سبباً شرعياً.

السابع: إذا شهد على الآخر سراً، أو أقر بوجه يعرف به إقراره، وتعين: قطع؛ لحصول المقصود من الكلام، وإلا فلا؛ للشك.

الثامن:

في الكتاب: إن ادعى على رجل بالسرقة: لم يحلف إلا من هو متهم، فإنه يحلف، ويهدد، ويسجن؛ لظهور الرية، وإن كان من أهل الفضل: أدب المدعى عليه.

في النكت: المتهم ثلاثة:

مبرز بالعدالة: يترك، ومعروف بالسرقة: يهدد، ويحلف، ومتوسط بينهما: يحلف فقط.

(١) أخرجه أبو داود في المراسيل (٢٤٤) عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي ﷺ مرسلاً. وأخرجه الدارقطني (١٠٢/٣) حديث (٧١)، والحاكم (٣٨١/٤)، والبيهقي (٨/٢٧١) من طريق محمد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة.

(٢) في ط: هبة.

قال: [وينبغي ألا يحلف إلا المتهم]^(١)، فإن كان لا يرمى بعار السرقة، ولكنه إن وجد متاع غيره أخذه، قال مطرف: لا يحلف؛ لأن الدعوى غير مجزوم بها. وهو في معنى كلام [المدونة]^(٢).

قال ابن يونس: قال مطرف: إن اتهم مجهول الحال: سجن حتى يكشف حاله من غير طول؛ لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا اتَّهَمَهُ رَجُلٌ - صَحْبُهُ فِي السَّقْرِ - بِسَرِقَةٍ^(٣) فَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالسَّرِقَةِ: سجن أطول، وإن وجد مع ذلك معه بعض السرقة، فقال: اشتريته، ولا بينة له، وهو من أهل التهم: لم يؤخذ منه غير ما في يديه، وإن كان معروفًا: سجن أبدًا حتى يموت، وقاله عبد الملك، وأصبغ، وعمر ابن عبد العزيز.

وقال أشهب: إن شهد عليه أنه متهم: سجن بقدر ما يتهم عليه، وعلى قدر حاله، وربما ضرب بالسوط مجردًا، وإن كان الوالي غير عدل لا يذهب إليه، ولا يشهد عنده.

في النوادر: إنما يؤدب المدعى على غير المتهم بالسرقة إذا كان على وجه المشاتمة، أما دعوى الظلامة فلا، قاله مالك.

التاسع:

في الكتاب: إن أقر بغير حجة^(٤)، ثم جحد: لم يقطع، وغرم المال للمسروق منه؛ لأن الرجوع يؤثر في حق الله - تعالى - دون حق العبد. وفي الجواهر: وكذلك إذا رجع في الزنى، لا يسقط المهر. وإن أقر: قطع، ولا يقف على دعوى المالك؛ لأنه حق الله - تعالى - وإن رد اليمين ثبت الغرم دون القطع، ويقبل إقرار العبد في القطع [دون المال]. في المقدمات: للرجوع عن الإقرار ثلاث حالات: إن أتى تائبًا فهنا اتفق على وجوب القطع^(٥) عليه، وقبول رجوعه إن أتى

(١) في أ: وينبغي إلا أن يحلف المتهم.

(٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه أبو داود في السنن (٣٦٣٠)، وأحمد في المسند (٢/٥)، والنسائي (٢/٢٥٥)، والحاكم في المستدرک (١٢٥/١)، والهيثمى في المجمع (٢٠٣/٤).

(٤) في ط: سجنه.

(٥) سقط في أ.

بشبهة، ويختلف إن جحد الإقرار أصلاً.

الثانية: يقبل رجوعه وإن جحد الإقرار، قولاً واحداً، وهو إذا لم يتفقوا على قطعه إن أقر بعد أخذه، ولم يعين، أو بعد الضرب والتهديد.

الثالثة: لا يقبل رجوعه إذا جحد الإقرار، اتفاقاً، ويختلف إذا قال: أقررت لأجل كذا، وهي الحال التي يتفق على قطعه، ويختلف في رجوعه، وذلك إن أقر بعد أن أخذ وعين، ثم رجع.

العاشر:

في النوادر: كره مالك للسلطان أن يقول للمتهم: أخبرني ولك الأمان؛ لأنها خديعة، فإن سبق من الإمام، وقامت عليه بينة، أو أقر: قطعه؛ لأنه حق لله - تعالى -، وكذلك لو قطع عليه الطريق، ولا يحكم عليه بقيمة السرقة، بل يدفعه لمن فوقه، وإن شهد عليه هو ورجل عدل: قال أشهب: يقيم الحد، وإن رفعه للإمام كان أحسن، وكرهه محمد.

النظر الثالث: في أحكام السرقة

وهي خمسة عشر حكماً

الأول:

في الكتاب: سرق مرة بعد مرة، قطعت يده اليمنى، ثم رجله اليسرى، ثم يده اليسرى، ثم رجله اليمنى.

ووافقنا العلماء في تقديم اليد اليمنى؛ لقول أبي بكر، وعمر - رضي الله عنهما -:

«إِنَّ سَرَقَ السَّارِقُ فَأَقْطَعُوا يَمِينَهُ».

ولأنها آلة السرقة، فيناسب إعدامها، والثنية باليسرى قول الجماعة إلا عطاء، قال: اليد اليسرى؛ لقوله - تعالى -:

«فَأَقْطَعُوا آيْدِيَهُمَا» [المائدة: ٣٨]، ولأنها آلة السرقة.

لنا: قوله - عليه السلام -:

«إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ فَأَقْطَعُوا رِجْلَهُ»^(١)، وقياساً على

(١) أخرجه الدارقطني (١٨١/٣) (٢٩٢) وفيه محمد بن عمر بن واقد الأسلمي: قال أحمد: كذاب، وقال البخاري: متروك الحديث. والأكثر على ضعفه. ورواه الشافعي عن أبي هريرة - مرفوعاً - بلفظ: «السارق إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله» أخرجه من طريق البيهقي في معرفة السنن والآثار (٤١٠/٦)، وفي الباب عن عصمة بن مالك: أخرجه =

الحراية، ولأن قطع يده تفويت منفعة الجنس، فلا تبقى له يد يأكل بها، ولا يتوضأ، ولا يدفع عن نفسه، فيصير كالهالك.

والمراد بالآية: قطع يمين كل واحد من السارقة والسارق؛ بدليل أنه لا تقطع اليدان في المرة الأولى.

وفى قراءة ابن مسعود: ﴿فَاقْطِعُوا أَيْمَانَهُمَا﴾، وهو إما قرآن، أو تفسير، وإنما ذكر بلفظ الجميع؛ لأن كل مثني أضيف إلى مثني هو بعضه ليس فى الجسد منه إلا واحد: ففيه ثلاث لغات:

الإفراد، والتثنية، والجمع، وهو الأفصح؛ لثلا يجتمع تثنيان فى شىء واحد، كقوله - تعالى -: ﴿فَقَدْ صَغَتْ قُلُوبُكُمَا﴾ [التحریم: ٤]، وتعينت اليسرى فى الرجلين؛ لقوله - تعالى -: ﴿أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِّنْ خَلْفٍ﴾ [المائدة: ٣٣]، ولأنه أرفق به لتعويضها بحبسه، ولو قطعت اليمنى تعذر المشى.

وقال أحمد، و (ح): لا تقطع إلا يد ورجل، فإن عاد حبس، ووافقنا (ش) فى قطع الأربع.

وفى أبى داود: قال - عليه السلام - فى السارق: «إِنْ سَرَقَ فَأَقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَأَقْطَعُوا رِجْلَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَأَقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَأَقْطَعُوا رِجْلَهُ».

احتجوا بأن علياً - رضى الله عنه - أتى برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق، فقال لأصحابه: ما ترون فى هذا؟ قالوا: اقطعه يا أمير المؤمنين. قال: قتلته إذًا، وما [عليه]^(١) القتل، بأى شىء يأكل الطعام؟ بأى شىء يتوضأ للصلاة؟ بأى شىء يغتسل من جنابته؟ بأى شىء يقوم على حاجته؟ فردّه للسجن أياً ما، ثم أخرجه، فاستشار أصحابه، فقالوا مثل قولهم الأول، وقال لهم مثل قوله^(٢) الأول، فجلده جلدًا شديدًا، ثم أرسله، ولأن فيه تفويت جنس، فلا يشرع كالقتل.

والجواب عن الأول: أن قوله معارض بقول الصحابة، بل هم أرجح؛ لأن يد الله مع الجماعة.

⁼ الطبرانى فى الكبير (١٨٢/١٧) (٤٨٣)، والهيثمى فى المجمع (٢٧٨/٦) وفيه الفضل بن المختار، وهو ضعيف. والدارقطنى فى السنن (١٣٧/٣) (١٧١).

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: قولهم.

وعن الثاني: الفرق بقاء الحياة والاغتذاء، والحواس، وأنواع التعبد بالصوم وغيره. فإن سرق ولا يمين له، أو له يمين شلاء: قطعت رجله اليسرى، قاله مالك؛ قياساً على تقدم القطع، ثم عرضتها فقال: امحها، وقال: تقطع يده اليسرى، وتأول قوله - عز وجل - : ﴿فَأَقْطَعُوا آيِدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨].

قال ابن القاسم: والأول أحب إلى، وإن سرق من لا يدين له، ولا رجلين، أو أشل اليدين والرجلين، فاستهلكها وهو عديم: لم يقطع منه شيء، ولكن يضرب ويضمن قيمة السرقة، وإن سرق، وقد ذهبت من يمين يديه أصبع: قطعت يده، كما لو قطع يمين رجل وإبهامه مقطوعة، فيقطع، وإن لم تبق منها إلا أصبع أو أصبعان: قطعت رجله اليسرى، وإن كانت يده ورجلاه كلها كذلك: لم يقطع، وضرب، وسجن، وضمن قيمة السرقة.

قال ابن يونس: قال مالك: يحسم موضع القطع بالنار، وقاله الأئمة؛ لما روى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنَّى يَسَارِقِ سَرَقَ شَمْلَةً، فَقَالَ: «أَقْطَعُوهُ وَأَخِيسُمُوهُ»^(١). والقطع في اليدين من مفصل الكوع، وفي الرجلين من مفصل الكعبين، وكذلك الحراية، وقاله الأئمة؛ لأنه الذي مضى به العمل. وعن علي - رضي الله عنه - : من مقعد الشراك في الرجل؛ ليبقى عقبه يمشى عليه.

وعن أبي مصعب: إن سرق الخامسة: قتل؛ لحديث ليس بالثابت^(٢)، ومقطوع أصبع من يده يقتص منها، وفيها، وتلغى الأصابع. قال اللخمي: اختلف في خمسة مواضع:

(١) تقدم.

(٢) من حديث جابر: أخرجه أبو داود (١٤٢/٤) (٤٤١٠)، النسائي (٩٠/٨) (٤٩٧٨)، والبيهقي (٢٧٢/٨)، ومن طريق آخر أخرجه الدارقطني (١٨٠/٣) (٢٨٩)، وفي الباب عن الحارث بن خاطب الجمحي: أخرجه النسائي (٨٩/٨) (٤٩٧٧)، والحاكم (٣٨٢/٤)، والطبراني (٣١٥/٣) (٣٤٠٨)، والبيهقي (٢٧٢/٨). وقال الحاكم: صحيح الإسناد. وتعقبه الذهبي بأنه منكر. ومن طريق عبد الله بن زيد الجهني عند أبي نعيم في الحلية (٤/٣٩) قال ابن عبد البر: حديث القتل منكر، لا أصل له. وقد قال الشافعي: هذا الحديث منسوخ، لا خلاف فيه عند أهل العلم. ينظر تلخيص الحبير (١٩٠/٤)، وينظر إرواء الغليل (٨٨/٨) ففيه تصحيح للحديث.

إن سرق، ولا يمين له، أو شلاء، أو ذهب منها أصبعان، أو قطعت الشمال مع وجود اليمين.

وإن سرق بعد قطع أطرافه، ومتى كان أعسر: قطعت اليسرى مع وجود اليمين؛ لأنها كاليمين له، فإن كانت اليمين شلاء قال أبو مصعب: تقطع الشلاء؛ لأنها التي^(١) يتناولها النص.

وقال ابن وهب: تقطع إن كان ينتفع بها، وعلى هذا إن كان أعسر قطعت اليمين؛ لأنه ينتفع باليسرى.

وإن ذهب أصبعان: قال: لا يقطع إلا رجله ويده اليسرى. وعنه: إن بقي أكثرها: قطعت، فإن أخطأ الإمام، فقطع يسراه مع وجود اليمين: قال مالك: لا يقطع يمينه؛ لحصول المقصود.

وقال عبد الملك: تقطع؛ لأن الخطأ لا يزيل الحد، وعقل الشمال في مال السلطان إن كان هو القاطع، وإلا ففي مال القاطع، وإليه رجع مالك. وإذا قطعت اليسرى في سرقة، ثم سرق: فعلى قول ابن القاسم: تقطع رجله اليمين؛ ليكون من خلاف، وعن ابن نافع: رجله اليسرى، فإن دلس السارق باليسرى، فقطعت: أجزأه، قاله في الموازية.

وعلى هذا، تكون البداية باليمين مستحبة، وعلى ما عند ابن حبيب: لا تجزئه، فعلى هذا، يكون واجباً؛ لأن فعل النبي -عليه السلام- وقع بياناً للقرآن.

وقد قال مالك: إن ذهب اليمين بعد السرقة بأمر سماوى، أو جنائية: لا يقطع منه شيء؛ لتعين القطع لها، وقد ذهب، وعلى القول بإجزاء الشمال: لا يسقط القطع، وإن سرق، وقطع يمين رجل: قطع للسرقة، وسقط القصاص، وهو على القول بتعينها للقطع، وعلى القول بأن تبدلتها مستحبة: تقطع قصاصاً، وتقطع يسراه، أو رجله للسرقة.

فائدة: أنشد المعري:

يد بخمس^(٢) مئين عسجد فديت ما بالها قطعت في ربع دينار

(١) في أ: الذى.

(٢) في أ: بخمسين من.

تناقض ما لنا إلا السكوت له فنستعيذ ببارينا من النار
فأجابه القاضى عبد الوهاب المالكى - رضى الله عنه - :
صيانة العضو أغلاها وأرخصها خيانة المال فافهم حكمة البارى
[نظائر]^(١):

قال ابن بشير: الممحوات فى المدونة أربعة:
إذا ولدت الأضحية، فحسن أن يذبح ولدها معها، وإن أبى: لم أر ذلك عليه
واجباً، ثم عرضتها عليه، فقال: امحها، واترك: إن ذبحه معها فحسن.
والحالف: لا يكسو امرأته، فافتك لها ثيابها من الراهن: حث.
والمرضى لا يجوز نكاحه، أو المريضة، ويفسخ إن دخلا، وكان يقول:
ولا يثبت وإن صحا، ثم قال: امحها، وأرى إذا صحا: ثبت.
ومن سرق، ولا يمين له، أو له يمين شلاء: قطعت رجله اليسرى، ثم عرضها
عليه، فمحاها، وقال: تقطع يده اليسرى، وبالأول قال ابن القاسم.
الثانى: فى الكتاب: إن قام أجنبى بسرقة متاع الغائب: قطع السارق؛ لأنه
حق الله، وإن قال السارق: ربه أرسلنى: قطع وإن صدقه ربه، كان فى البلد أم لا؛
لأن السبب المثبت لا بد له من سبب شرعى، وإلا سقط.
وإن أخذ فى جوف الليل معه متاع، فقال: فلان أرسلنى آخذ له هذا، إن عرف
انقطاعه إليه، وأشبه ما قال لم يقطع، وإلا قطع.
فى التنبيهات: قيل: معناه أنه اعترف بالسرقة، وأخذ خفية، وإنما قطع بإقراره،
ولو قال: دفعه إلى ما قطع، قاله أبو عمران وغيره.
وقيل: إنما لم يقطع؛ لأنه لم تقم بينة وإلا قطع، وإن عرف انقطاعه إليه.
وفى النكت: الفرق بين القائل: فلان أرسلنى آخذ له هذا، وقد أخذ فى جوف
الليل، وبين القائل: فلان أرسلنى، وقد سرقه: أن البينة عاينت سرقة، ودخوله
المنزل، بخلاف الأول، إنما وجد فى جوف الليل ولم تعين سرقة.
والأصل فى هذا: أنه متى فعل فعل الرسول من فتح الباب، ونحوه مما يشبه فعل
الآمر^(٢): لم يقطع، صدقه رب المال أم لا، وإن فعل السارق من التسور، والنقب:

(١) بياض فى أ.

(٢) فى أ: من لم.

قطع، صدقه رب المتاع أم لا. قال اللخمي: كانت بينهما مخالطة أم لا، وكذلك إذا كان مثله لا يرسل لذلك؛ لأنه معروف بالسرقة.

وإن لم يقم دليل صدقه، ولا دليل كذبه، وأشكل؛ لأنه لا خلطة بينهما، وليس معروفًا بالسرقة، ولا بالصلاح: فإن صدقه لم يقطع؛ لأن التصديق مع الشك شبهة، وإن كذبه: قطع.

وإن قام دليل [كذبه، وصاحب البيت غائب: قطع، ولا ينتظر قدومه؛ لأنه لو صدقه: قطع، وإن قام دليل^(١) حتى يقدم: فإن صدقه، وإلا قطع، والذي يؤخذ في جوف الليل بالمتاع، وقال: فلان أرسلني: فإن عرف بانقطاعه إليه: لم يقطع، فأسقط الحد؛ لعدم البينة بالأخذ، واختلف في ثلاثة مواضع:

هل يحلف إذا أكذبه؟ هل يسقط القطع إذا وجبت عليه اليمين، فنكل، وحلف السارق، واستحق المسروق؟ وهل يسقط إذا صدقه؟

ففي الدونة: يحلف المسروق منه أنه ليس متاعه، ويقطع، فإن نكل، وحلف الآخر، وأخذ المتاع: لم يقطع، وفي بعض روايات المدونة: يقطع، وقيل: لا يمين على المسروق منه.

وقال أشهب: يحلف، فإن نكل، وحلف الآخر، وأخذ المتاع: لا يسقط القطع؛ لأنه أخذ سرًا.

قال ابن القاسم: إن قال السارق: أودعته، وصدقه: لم يسقط القطع. وقال ابن دينار: لا يقطع؛ لأنه شبهة، والأول أحسن، إلا أن يتنازعا قبل ذلك فيه.

وإن نقب، وكسر الباب، إلا أن يشبه، إلا أن يكون ذلك من أملاكه. وإن تقدمت الدعوى، وأكذبه المسروق منه: لم يحلفه، إلا أن يأتي السارق بما يشبه، وأرى أن يسأل: كيف صار إليه؟ فإن قال: أودعته، وهناك سبب يقتضي خروج متاعه من بيت، أو قال: غصبني، والأخذ صالح لذلك، أو قال: اشتراه ممن سرقه مني، وهو يعلم أنه متاع، وهو يشبه أن يكون عنده من ذلك علم: صدق

(١) سقط في أ.

وحلف، فإن نكل حلف الآخر، واستحق، ولم يثبت القطع؛ للشبهة.
الثالث: في الكتاب: إذا لم يقيم رب السرقة، وقد أخذها أم لا: لزم القطع؛
لتحقق السبب، ولا يعفو الوالي إذا انتهت إليه الحدود.

وإن قال: ما سرق مني، وشهد بالسرقة: قطع، وإن قطع فيه، ثم سرقه ثانية:
قطع أيضًا؛ لأن السبب فعله، لا المسروق.

وإن قال بالسرقة، أو الزنى [وبلغ] الإمام أقام الحد إذا ثبت بيينة؛ لأنه نائب الله،
وهذه حقوق الله، بخلاف حد القذف؛ لأنه حق لآدمي فلا بد من قيامه.

ويشفع للشارق إذا كانت منه السرقة فلتة، ولم يبلغ الإمام، أو الشرط أو
الحرس؛ لما في الصحيحين: أن صفوان شفع في سارق ردائه بإسقاطه حقه، فقال
عليه السلام: - «هَلَّا قَبِلَ هَذَا».

وإذا ثبتت السرقة بالبيينة، فقال: أحلفوه: إن المتاع ليس لي - قطع، ويحلف
الطالب، ويأخذه، فإن نكل حلف السارق، وأخذه.

في التنبيهات: وإذا أخذ السارق: لم يقطع، ووقع في كثير من روايات المدونة.
وحكى اللخمي في بعض الروايات في المدونة: يقطع، فإن صدقه: قطع عند
ابن القاسم، خلاف ابن دينار، وعن ابن القاسم: لا يمين على صاحب المتاع، وهو
أشبه بالأصول.

الرابع: في الكتاب: إن سرق، وأخذ مكانه، أو بعد ذلك، ويسره متصل،
فقطع - وقد استهلك السرقة - ضمنها. فإن كان معسرًا يوم قطعت يده، أو ذهب
يسره، ثم قطع موسرًا، أو سرق معسرًا، أو قطع موسرًا - لم يضمن المستهلك،
وإنما يضمن إذا تمادى اليسر إلى القطع. وضمنه (ش) وأحمد مطلقًا، ولم يضمنه
(ح) مطلقًا.

ولا يجتمع القطع والغرم عنده: إن غرمها^(١) قبل القطع سقط القطع، أو قطع قبل
الغرم: سقط الغرم، وقال فيمن سرق مرات: يغرم الكل إلا الآخر؛ لأنه قطع بها.
وقال أبو يوسف: قطع بالكل؛ فلا يغرم شيئًا.
وإن كانت العين قائمة ردت اتفاقًا.

(١) في أ: عدها.

لنا على (ش): قوله - تعالى - : ﴿فَأَقْطَعُوا آيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] فجعل حد القطع فرضاً، وجميع ما يترتب عليه القطع، وقال رسول الله ﷺ: «إِذَا أُقِيمَ عَلَى السَّارِقِ الْحَدُّ فَلَا غُرْمَ» خرجته النسائي^(١)، ولأن إتلاف المال لا يوجب عقوبتين. ولنا على الغرم مع اليسار على (ح): أن موجب القطع: حق الله - تعالى - وموجب الغرم: الإتلاف، والأصل: ترتب المسببات على أسبابها، كالمحرم يتلف صيداً مملوكاً يلزمه الجزاء، والقيمة، والفرق بين اليسار والإعسار: أن اتباع المعسر عقوبة له تشغل ذمته، والموسر لا عقوبة فيه؛ لجواز أنه باعها وعوضها في ماله، بل هو الراجح؛ لأن الأصل: عدم غرمها بالكلية، ولأنه وفر بها ماله، ولأنه جمع بين الأدلة، ومثله نفقة الزوجة، وقيمة الشقص إن أعتق، لا يضمنان في الذمة، بل مع اليسار.

احتج (ح) بما تقدم، و (ش) بما تقدم، وقال ابن عبد البر: الحديث المتقدم ضعيف، ويحتمل حمله على أجرة القاطع.

وفى المقدمات: لا يلزم إذا أيسر بعد العدم؛ لأن العدم أسقطها عنه. وفي المدونة^(٢): قال بعض شيوخنا: التغريم استحسان، والقياس: عدمه، وإلا ضمن مع الإعسار.

قال: وهو قول غير (ح)؛ لأن [ح]^(٣) يخير المالك في القطع فلا غرم، أو الغرم فلا قطع، وهذا يحتم القطع، وهذا كله إن كان المسروق نصاباً، فقطع فيه، وإلا ضمن مع اليسر والعسر اتفاقاً.

قال ابن يونس: إن قطعت يده، وقد استهلكها، ويده مال، فقال: أفدته بعد السرقة، وقال الطالب: قَبْلُ - صدق السارق، إلا أن يقوم عليه بالقرب من السرقة فيما لا يكون فيه كسب ولا ميراث. وإن استمر ملاؤه من السرقة إلى بعد القطع قيل: يغرم، وقال أشهب: لا يغرم المعسر. وقال ابن القاسم: يتبع به ديناً.

(١) أخرجه النسائي (٩٣/٨) في كتاب قطع السارق: باب تعليق يد السارق في عنقه. من حديث عبد الرحمن بن عوف، وقال النسائي: وهذا مرسل وليس بثابت، ولفظه: (لا يغرم صاحب سرقة إذا أقيم عليه الحد).

(٢) في ط: المعونة.

(٣) بياض في أ.

وإن استهلكها، وعليه دين، وما بيده قدر الدين: فأهل الديون أحق من المسروق منه، وما فضل فله.

قال اللخمي: يختلف في ثلاث مسائل:

إذا لم تثبت السرقة إلا بشاهد.

وإذا لم تكن بينة، وقال: سرقت من غير حرز، وقال المسروق منه: من حرز. والثالثة: أن تذهب يمينه بأمر من الله - تعالى - فقال ابن القاسم: يتبع في الذمة، وإن كان معسرًا يوم سرق أو يوم الحد، ومنع أشهب؛ لأن المسروق منه يقر أن حكمه القطع^(١)، وأنه ظلم في امتناعه من القطع، كما لو لم يقطع بعد ثبوت القطع حتى مات؛ فإنه لا يتبع.

قال اللخمي: وهو يتبع على [أصل قول]^(٢) ابن القاسم إذا مات، ولا يسقط الغرم إلا النكال بالقطع، ومثله: إذا أقر بالسرقة، ثم رجع: سقط القطع دون الغرم عند ابن القاسم، ويسقط الأمران عند أشهب.

وإذا باع السرقة، فأهلكها المشتري: فإن أجاز المسروق منه البيع لم يتبع السارق بالثمن عند مالك، إلا أن يكون متصل اليسر من السرقة إلى القطع، وإن لم يجز، وأغرم المشتري القيمة: اتبع المشتري في العسر واليسر، فإن كان المشتري عديمًا: رجع المسروق منه على السارق؛ لأنه غريم غريمه، فإن كانت القيمة لزمت المشتري أقل من الثمن: أخذ منه الثمن؛ لأنه الذي لغريمه الذي عنده، ويتبع المشتري بفضل القيمة، وإن كان المشتري باع السرقة: أخذ منه الثمن الثاني، أو الثمن الأول.

وفي الجواهر: يلزم الغرم إن استمر اليسر^(٣) من السرقة إلى القطع عند ابن القاسم، وعند أشهب: إلى حين القيام إليه. وإن أعسر بعد القطع، وقبل الغرم: اتبع عند ابن القاسم دون أشهب، وقيل: يتبع مطلقًا مع العسر واليسر، بوقاله أبو إسحاق.

وفي النوادر: إذا قطعت أربعته في سرقات، أو غيرها: اتبع في عدمه عند ابن

(١) في أ: الامتناع.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: السيد.

القاسم؛ لأنه لم يقطع، ولم يتبع عند أشهب؛ لأنه موضع قطع، وإنما تعذر كما لو مات قبل أن يقطع.

وإن سرق، فلم يقطع حتى زنى، فرجم بعد أن أيسر بعد العدم يوم السرقة - قال ابن القاسم: لا يتبع كمن^(١) قطع؛ لدخول القطع في القتل وإن سرق ثلاثة ثوبًا لرجل، فقطعوا، ووجد منهم ملىء: ضمن الجميع؛ لأنهم كالرجل الواحد.

الخامس: في الكتاب: لا يحد السكران حتى يصحو من السكر.

قال اللخمي: ولا يجلد في حد، فإن أخطأ الإمام، فضربه وهو طافح: لم يجزه؛ لعدم النكايه عند الغفلة، أو خفيف السكر: أجزأه، أو طافحًا ذهب عنه ذلك بعد الضرب: احتسب بما ضرب من وقت الذهاب إلا أن يضرب في الفرية برضا المقدوف؛ فيجزئه. وإن قطعه حال سكره: أجزأه، ولو قيل بقطعه حال سكره اتجه؛ لأن ألم القطع يبقى بعد زوال السكر، بخلاف الضرب.

السادس:

في الكتاب: إذا باعها فقطع ولا مال فلربها أخذ قيمتها من المبتاع؛ لأنها عين ماله، ويتبع المبتاع السارق بالثمن. وإن توالدت الغنم عند المبتاع: أخذها مع أولادها، فإن هلكت عند المبتاع بسببه، أو باعها: غرم قيمتها، أو بأمر سماوى: فلا شيء عليه؛ لعدم العمد. وإن سرقه، فصبغه، ثم قطع معدمًا: أعطيته قيمة الصبغ، وأخذت ثوبك، وإن امتنعت: بيع، وأخذت عن الثوب قيمته يوم السرقة، والفاضل له وإن عجز عن الثمن^(٢): لم يتبع؛ لعدمه، فإن عمله ظاهرة تحته: فلك أخذه مقطوعًا؛ كما لو سرق خشبة، فبنى عليها؛ لأنه عرض البناء للفساد، فإن امتنعت من أخذه مقطوعًا وهو عديم: فعلى ما تقدم في الصبغ.

وإن طحن الحنطة سويقًا، ولته، ثم قطع، ولا مال له غيرها، وامتنعت من أخذ السوق - فكما تقدم في الصبغ: يباع، ويشتري لك من ثمنه مثل حنطتك؛ لأنها من ذوات الأمثال، بخلاف الثوب^(٣). وإن عمل الفضة حلًا، أو دراهم، وقطع، ولا مال له غيرها: فليس لك إلا وزن فضتك؛ لأنك إن أخذتها بغير شيء ظلمته، فإن

(١) في ط: إن.

(٢) في أ: أخذ الثمن.

(٣) في أ: الأمثال.

أخذها، ودفع أجر الصياغة: فهو فضة بفضة، وزيادة، وإن عمل النحاس قمقمًا: فعليه مثل وزنه، ولأنه مثلي.

قال ابن يونس: قال محمد: إن أكلها المبتاع: فعليه قيمتها، ويرجع على السارق بالأقل مما يدفع لصاحبها، أو الثمن، وإن كان المشتري عديمًا: اتبعه في الذمة، فإن أيسر السارق قبله: رجعت عليه بالأقل من القيمة يوم أكلها^(١) المشتري، أو الثمن، أو قيمتها يوم سرقها، فإن كانت قيمته يوم الأكل أكثر: رجع على السارق؛ لأنه غريم الغريم للمشتري، وانظر إن أكلها، وقيمتها يوم الأكل مثل الثمن، وقيمتها يوم السرقة أقل: لم يأخذ من السارق الثمن؛ لأنه غريم غريمه، وهو لو أخذ قيمتها من المشتري، فإن له عند^(٢) السارق الثمن.

وفى الموازية: إن كان للسارق غرماء في مسألة الصبغ فهم أحق بالثمن من صاحب الثوب، إلا أن يفضل منه شيء؛ لأنه أسلمه، وفات بالبيع، وليس لربه نقض^(٣) بيعه، ولا أخذ ثمنه؛ لأنه بعد إسلامه بيع، وليس له هو ثمن سرقة بعينها. فإن قام ربه، فوجده مصبوغًا: فله أخذه، ودفعه له قيمة الصبغ، قاله ابن القاسم، وعنه: لا يأخذه بحال؛ لأن ذلك فوت، وخيره أشهب بين القيمة يوم السرقة يأخذها، أو يدفع قيمة الصبغ، ويأخذ ثوبه، أو يكون شريكًا بقيمته أبيض، وعنه: يأخذ مصبوغًا، ولا شيء عليه في الصبغ.

وإن غصب دارًا، فيبضها، والسويق الملتوت، والخشب تعمل بابًا - الفرق بينهما وبين الثوب يصبغ: أن الثوب قائم بعينه.

وعن أشهب في النحاس يُعمل قمقمًا: يخير ربه في أخذ القمقم، وإعطاء قيمة الصنعة، أو يغرمه مثل وزنه نحاسًا.

قال سحنون: كل ما غير حتى صار له اسم غير اسمه: ليس لربه أخذه، بل قيمته، أو مثله في المثليات.

وقال عبد الملك في الفضة تُعمل حلًا، أو النحاس آنية، أو الثوب يصبغ، أو يجعل ظهارة لجبة، أو الخشب بابًا، أو الحنطة تطحن، وكل ما أثر فيه، ولا يقدر

(١) في ط: أهلكتها.

(٢) في ط: على.

(٣) في أ: بعض.

على أخذ صنعتته إلا بالشركة: فله به أخذه بالصنعة بغير غرم، نقصه ذلك، أو زاده؛ لقوله -عليه السلام-: «لَيْسَ لِعَرَقِ ظَالِمٍ حَقٌّ»، أو يضمه القيمة، وكذلك الغصب. وإن سرق عصفرًا لرجل، وثوبًا لآخر، وصبغه بذلك، ثم ^(١) قطع، وله مال يوم السرقة: لزمه قيمة الثوب، ومثل العصفر، وإن لم يكن له مال تحاصصا في ثمنهما: هذا بقيمة ثوبه، والآخر بقيمة العصفر.

والفرق عند ابن القاسم بين صبغ الثوب، وبين النحاس قمقمًا: أن الثوب ليس مثليًا ومثل ^(٢) النحاس يقوم مقامه.

السابع:

في الكتاب: إذا ثبتت السرقة، فقطع رجل يمينه: لم يقتص منه؛ لأنه عضو مستحق للقطع، ونكل؛ لجراته على الإمام، وأجزأ ذلك السارق، ولو فعل ذلك قبل عدالة البيعة، فعدلت: كان كما تقدم، وإلا اقتص منه؛ لأن العضو معصوم. وإذا أمر القاضي بقطع اليمين، فغلط القاطع فقطع يساره: أجزأه؛ لحصول النكال، ولا شيء على القاطع؛ لأنه كالحاكم. وإذا قطعت يمين السارق: فهو لكل سرقة تقدمت، أو قصاص وجب في ذلك العضو، وكذلك الحدود.

قال ابن يونس: إذا قطع رجل يده بعد ثبوت السرقة عوقب المتعمد ^(٣)، ولا دية في الخطأ، وكذلك المحارب إذا قتل.

ومسألة القاطع يغلط مروية عن علي -رضي الله عنه- وقال عبد الملك: خطأ الإمام لا يزيل قطع اليمين؛ فتقطع، وعقل اليسرى في مال الإمام إن باشر، أو القاطع دون العاقلة، أو في مال المسروق منه إن قطع هو بغير أمر الإمام. وإن [قطع] ^(٤) يمينه: عوقب هو فقط.

وفي الجواهر: إذا بادر الجلاد، فقطع ليسرى عمدًا: اقتص منه، والحد باق، وكذلك لو فعل ذلك الإمام، ويجزئ في الغلط، ورجع مالك إلى عدم الإجزاء، وتقطع اليمين، والعقل في مال القاطع.

(١) في ط: لم.

(٢) في أ: وقيل.

(٣) في ط: للتعبد.

(٤) سقط في ط.

وإذا فرعنا على الأول، ثم سرق: قطعت رجله اليمنى عند ابن القاسم، واليسرى عند ابن نافع.

الثامن:

فى الكتاب: إن قطع ولا مال له إلا قيمة السرقة، فغرماها، ثم قام قوم سرق منهم مثل ذلك فإن كان من وقت أن سرق منهم ملياً بمثل الذى غرم الآن، تحاصوا، أو أعدم، ثم أيسر فكل سرقة سرق من يوم يسره المتصل إلى الآن تحاصص بها فى ذلك دون ما قبلها؛ لأن العدم أسقطها. وإن لم يحضروا يوم القطع كلهم: فللغائب الدخول عليهم كغرماء المفلس.

قال ابن يونس: إن سرق لرجلين أحدهما غائب قضى للحاضر بنصف قيمتها إن كانت مستهلكة، فإن قدم الغائب والسارق عديم، وكان يوم القطع ملياً بقيمة الجميع - رجع على شريكه بنصف ما أخذ، ولا يتبع السارق بشيء؛ كالدين لكما على رجل من شركة: يقبض أحدهما حصته، وصاحبه غائب، والفرق بينها وبين الكفالة إذا قضى للشريك بحقه، والغريم ملئ بحقهما، فيقدم الغائب، لا يدخل على شريكه: أن السارق لم يأمنه المسروق منه على بقاء ما وجب له فى ذمته، وكان يجب أن القاضى يوقف نصيب الآخر، فلما غلط صارت قسمة غير جائزة.

وفى مسألة الكفالة: صاحب الدين هو الذى اتّمن الغريم على بقاء دينه فى ذمته، فالقسمة [جائزة]^(١) بلا رجوع للغائب على القابض إذا حكم له القاضى بقبض نصيبه، وأبى أبو محمد أن يكون معنى مسألة السرقة: أنه قبض حصته بغير حكم حاكم، قيل له: قد مثلها بالدين، فقال: إنه^(٢) مثلها به، ليفهم أن للشريك الدخول.

التاسع:

فى الكتاب: إذا خيف عليه الموت من الحد لحر أو برد أو خوف، قال ابن يونس: قال مالك: يقطع فى شدة الحر؛ لأنه ليس بمتلف، وإن كان فيه بعض الخوف؛ لأنه حق لزمه وإن مات فيه، وإنما يتعاهد فى البرد.

قال محمد: يقطع المحارب فى البرد الشديد، بخلاف السرقة؛ لأن الإمام لو قتله

جاز.

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: إنها.

العاشر:

فى الكتاب: إن سرق، وقتل عمدًا كفى القتل، فإن عفا الولي قطع. وإن سرق، وقطع يمين رجل: قطع للسرقة^(١) فقط؛ لتعذر العفو فيها، ولا شيء للمقطوع يده، كما لو ذهبت يد القاطع بأمر سماوى، أو سرق، وقطع يسار رجل: قطع يمينه للسرقة، ويساره للقصاص؛ لإمكان الجمع، وللإمام جمع ذلك عليه، وتفريقه بقدر الخوف عليه، وكذلك الحد والتعزير.

وإن اجتمع حد الله - تعالى - وحد العباد: بدئ بحد الله - تعالى - لتعذر العفو فيه، فإن عاش: حُدَّ حد العباد، وإن مات: بطل ذلك، ويجمع الإمام ذلك عليه، أو يفرقه بحسب الخوف عليه.

قال اللخمي: إن كانا لله^(٢): قدّم أكثرهما كحد الزنى مع الشرب، إلا أن يخاف عليه فى المائة، فيحد للخمرة، فإن ضعفت البنية^(٣) عن الحد الواحد: ضرب المأمون، ثم يستكمل وقتًا بعد وقت، فإن فرغ جَلْدُ الزنى جلد للخمرة.

وإن كانا للعباد، نحو: قطع هذا، وقذف هذا اقترعا، فإن كان يقدر على أحدهما دون الآخر: أقيم عليه الأدنى من غير قرعة، ويقدم حق الله - تعالى - إلا أن يقدر على حق الآدمى فقط فيقام، وآخر حق الله - تعالى - لوقت الأمن، فإن خيف منه دائمًا: بدئ به مفرقًا، ثم حق الآدمى.

قال الطرطوشى: إذا اجتمع قتل فى حراة أو غيرها، وقود: قدم حق الله - تعالى - وتظهر فائدة ذلك أنه لا ينتظر فى القتل حضور الولي، وأنه يقتل بالحجارة فى الزنى، وبالسيف فى الردة، وقد يكون قتل الآدمى بالحجارة، أما لو قطع فى السرقة، ثم قطع يمين رجل فعليه دية اليد؛ لأنه يوم قطعها لم يكن له يمين بخلاف ما تقدم.

ومتى اجتمعت الحدود كلها مع القتل: سقطت بالقتل إلا القذف؛ فإنه يجلد، ثم يقتل:

(١) فى ط: لسرقة.

(٢) فى ط: له.

(٣) فى أ: البينة.

وقال (ش)، و (ح): حق الآدمى مقدم.

لنا: أن حق الله - تعالى - أقوى؛ لتعذر العفو، ولأنه قد يتغلظ كالقتل بالحجارة فى الزنى.

وعلى أصل (ح): لا قصاص إلا بالسيف، وينكل المرتد، ويمثل به، بخلاف القصاص. [واحتجوا]^(١) بأن حق الآدمى أقوى؛ لأن حق الله - تعالى - يسقط بالشبهة، ويرجع المقر، وبالتوبة قبل القدرة فى الحاربة، ولو كانت عليه زكاة، وكفارة، وحج: قدم دين الآدمى على الحج، ويرث الوارث مع حقوق الله دون حق الآدمى، وحق الله - تعالى - يسقط بالعفو من مالكة، ويظهر ذلك فى الدار الآخرة. والجواب: أنا إنما رجحنا بين حقوق وجبت، أما مع الشبهة فلم يجب شيء، وكذلك الرجوع عن الإقرار، ثم ما ذكرتموه دليل القوة؛ لأنه كلما كثرت شروط الشيء كان أقوى؛ لأن الزنى أقوى فى الثبوت من القتل لاشتراط أربعة عدول، والنكاح أقوى من البيع لاشتراط الولي والشهود والصداق. فاشتراط عدم الشبهة وعدم رجوع المقر دليل القوة، وأما العفو فى الآخرة فلا مدخل له؛ لأننا إنما تكلمنا فى القوة فى حال الدنيا، على أن حقوق العباد قد تسقط بالشبهة؛ لأن عمد الخطأ^(٢) لا قود فيه عندكم، وعندنا فى إحدى الروايتين، وقتل الابن لأبيه.

وأما الزكاة: فالدين يسقطها عن العين، وهى فى المناسبة مقدمة على دين الآدمى، والكفارات لها أبدال - إن كان فقيرًا: ففرضه^(٣) الصوم - وأما الميراث فمشارك؛ لأن الوصية والتدبير لا تمنع ملك الوارث، مع أننا إذا علمنا أن الزكاة عليه لم يفرط فى إخراجها: قدمت على الميراث، مثل أن يقدم عليه مال لم تؤد زكاته، أو يموت صبيحة الفطر. وأما الحج: فمتعلق بالبدن لا بالمال؛ فسقط كما يسقط بعجز البدن فى الحياة.

الحادى عشر: فى الكتاب: إذا سرق، فقطع فيه، ثم سرقة ثانية - قطع أيضًا، وقاله (ش).

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: لأنه عند الخطأ.

(٣) فى ط: يعوضه.

وقال (ح): إن سرقة من المالك الأول لم يقطع، وإلا فعندهم قولان. وأصل المسألة: النظر إلى تعدد الفعل، أو إيجاد محله، فالقطع - عندنا - مثاله: السرقة، وهى الإخراج، وعنده: مثاله المسروق؛ ولهذا^(١) إذا قطع عندهم لم يغرم، وإذا غرمها لم يقطع.

لنا: العمومات المتقدمة، والقياس على المرة الأولى؛ كما لو تكرر الزنى فى امرأة^(٢)، أو بالقياس على الغزل يقطع فيه، فرده ينسج، فسرقه: فإنه يقطع. احتجوا بأنه لو قطع لسأوى تكرر الزنى فى المرأة، ولا يساويه؛ لأن الزنى لا يتعلق باستيفاء المنفعة، والمنفعة الثانية عين الأولى، والقطع بالعين وهى متحدة، ولأن الفعل والعين يعتبران؛ لأنه لو فعل فى دون النصاب لم يقطع، أو سرق نصابين بفعل واحد: فَقَطَّعَ واحد؛ لعدم تعدد الفعل، وإن كان لأبد منهما، وقد تعددت^(٣) العين فبطل القطع، ولأنها عين يقطع فيها؛ فلا يتكرر فيها بتكرر السبب كالقذف. والجواب عن الأول: أن سبب القطع - عندنا - تكرر الفعل بشروطه، لا العين.

وعن الثانى: أن العين معتبرة فى الفعل فى كونه نصاباً مع بقية الشروط، أما اعتبار كونها لم تسرق قبل فهو محل النزاع.

وعن الثالث: أنه إذا قذفه بعد الحد تكرر الحد كالسرقة، فهذا فرق. تمهيد: الأصل: تفاوت العقوبات بقدر تفاوت الجنايات، بدليل: الزنى: مائة، والقذف: ثمانون، والسرقة: القطع، والحراية: القتل، وأنواع التعازير، ونظائره كثيرة، وقد استثنى من ذلك أمور: فسوى الشرع بين سرقة ربع دينار وآلاف الدنانير، وشارب قطرة خمر وشارب الكثير فى الحد، مع تفاوت مفاستها جداً، وعقوبة الحر والعبد سواء، مع أن جريمة الحر أعظم؛ لجلالة مقداره، بدليل رجم المحصن دون البكر؛ لعظم مقداره، مع أن العبيد إنما ساووا الحر فى السرقة، والحراية؛ لتعذر التبعيض، بخلاف الجلد، واستوى الجرح اللطيف السارى للنفس والعظيم فى القصاص، مع تفاوتهما، وقتل الرجل الصالح البطل العالم والصغير الوضيع.

(١) فى ط: وهذا.

(٢) فى ط: على المرأة.

(٣) فى ط: تعذرت.

الثاني عشر:

في النودر: إذا سرق، ثم رده لحرزه: قطع؛ لتحقيق السبب.

الثالث عشر:

قال: إن سرق بيلد، فوجد بيلد آخر: ليس لربه أخذه إلا بيلد السرقة، إلا أن يتراضيا على ما يجوز في السلف، كما تقدم في الغصب، وكذلك المثلث. قال مالك: ^(١) له مثله لا قيمته: وخيره أشهب.

الرابع عشر:

قال: إن صالحته قبل الوصول للإمام، ثم رفعته: رجع بما صالحته به إن كان الصلح على الرفع، فإن كان على المال فلا، قاله ابن القاسم. وإن ادعت عليه، وصالحته على الإنكار، فأقر غيره بالسرقة: قطع المقر، ورجع عليه المنكر بما صالح به، وإن كان عديماً لا يتبع، ولا يرجع المنكر على المطالب؛ لأن الثاني أقر. وإن كان عديماً، فرجع عن إقراره قبل القطع: سقط الحد، واتبعه المنكر بما صالح به، والمسروق بقيمة سرقة. وإن أقر لك، وأنت ذاهب به للإمام، أو صالحته، ثم رجع عن الإقرار، والصلح، وقال: خفت السلطان - قال أصبغ: إن كان السلطان تخشى بواده لم يلزمه، أو مأمونا: ألزمه.

الخامس عشر:

قال: قال مالك: إن طلب السارق، فامتنع، فقاتل، فذهبت نفسه - فهو هدر. قال محمد: إن هرب، فرميته لترهبه، فمات فعقله على [العاقلة] ^(٢)، وإن تعمد قتله: قتل به، وإن رماه له ليوهنه، فمات: فعليه العقل. وإن قاتله في داره، وعلم أنه قاتله، فقتله - قتل به؛ لما في الحديث في الرجل يجد مع امرأته رجلاً: «إِنْ قَتَلَهُ قَتَلْتُمُوهُ» ^(٣) الحديث.

(١) في ط: فالمالك.

(٢) سقط في أ.

(٣) من حديث أبي هريرة: أخرجه مالك في الموطأ (٧٣٧/٢) كتاب الأفضية: باب القضاء فيمن وجد مع امرأته رجلاً (١٧)، ومسلم (١١٣٥/٢) كتاب اللعان (١٤٩٨/١٥)، وأبو داود (١٨١/٤) كتاب الديات: باب فيمن وجد مع أهله رجلاً، أبقتله (٤٥٣٣)، وأحمد في المسند (٤٦٥/٢).

وإن خرج وقاتله^(١)، والمتاع معه، فقتل - قال أصبغ: هو هدر، ولا دية. وإن لم يكن معه المتاع، وإنما طلب النجاة: ففيه الدية إن قتل بموضع سر، وإلا فالقود؛ لأنه لا متاع معه، ولا هو موضع يخاف من شره. وإن أمرته، فقتله: ففيه القود، معه متاع أم لا.

الجنابة السابعة: حد الشرب، والنظر في الموجب والواجب

النظر الأول - في الموجب:

وهو شرب القطرة مما يسكر كثيره، اختيَارًا، من مكلف مسلم، وقد تقدم في كتاب الأشربة [أكثر فقهاً]^(٢) ونذكر هنا ما يتعلق بالحد. وفيه خمس مسائل:

الأولى:

في الكتاب: من شرب خمراً، أو نبيذاً مسكراً وإن قل، سكر أم لا: حد ثمانين جلدة، أو شهدت عليه بينة أن به رائحة الخمر: عصير عنب، أو زبيب، أو نبيذ، أو تمر، أو تين، أو حنطة، أو الأسكركة، قيل: أو تجعل خبزاً في نبيذ يومين^(٣). قال: كرهه مالك في قوله الآخر.

في التبيهات: الأسكركة بضم الهمزة، وسكون السين، وضم الكاف الأولى، وفتح الثانية، وبينهما راء ساكنة، وضبطناه -أيضاً- بالسين المضمومة: هو شراب الذرة. والجديدة - بجيم مفتوحة، وذالين معجمتين أولاهما مكسورة، بينهما ياء ساكنة: هو السويق. والجداذ: التقطيع، قال الله -تعالى-: ﴿فَجَعَلَهُمْ جُودًا﴾ [الأنبياء: ٥٨]. والبسر المذنب^(٤) الذي أرطب بعضه من جهة ذنبه، فإن أرطب من جانبه فهو فوكة.

وفي النكت: إن شهد اثنان أن الذي به رائحة خمر، واثنان أنها ليست رائحة^(٥)، حُدَّ؛ كقوله في كتاب السرقة إذا اختلف المعولون.

(١) في ط: قاتلك.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: تومين.

(٤) في أ: المذنب.

(٥) في ط: راذحة.

قال ابن يونس: الأُسْكُرَّة: شراب القمح.

الثانية:

في الجواهر: يحد حديث العهد بالإسلام، وإن لم يعلم التحريم، قاله مالك وأصحابه، إلا أن ابن وهب، قال في البدوي الذي لم يقرأ الكتاب، ويجهل هذا لا يحد.

لنا: أن الإسلام قد فشا، فلا يجهل ذلك.

فإن علم التحريم، وجهل الحد: حد اتفاقا، ولا حد على الحرى، والذمى، والمجنون، والصبى.

ومن تأول في المسكر من غير الخمر، ورأى حلًّا قليله: حد، قاله القاضى أبو الوليد. ولعل هذا فى غير المجتهد العالم، أما المجتهد العالم فلا يحد إلا أن يسكر، وقد جالس مالك سفيان الثورى وغيره من الأئمة ممن يرى شرب النبيذ مباحًا، فما دعا للحد، مع تظاهره بشره، ومناظرته عليه.

تمهيد:

قال مالك: أحدُ الحنفى فى قليل من النبيذ، ولا أقبل شهادته.

وقال (ش): أحده وأقبل شهادته.

أما مالك: فبنى على أن الفروع قسمان: ما ينقض فيه قضاء القاضى، وما لا ينقض، فينقض فى أربعة:

ما خالف الإجماع، أو القواعد [...] ^(١) فى الطلاق، أو القياس الجلى، أو النص الواضح: كالنبيذ فإن النصوص متضافرة بأن ما أسكر كثيره فقليله حرام، والقياس على الخمر جلى، وما ينقض فيه قضاء القاضى لا يصح التقليد فيه، ولا يثبت حكمًا شرعيًا؛ لأن ما لا نقره إذا تأكد بقضاء القاضى لا نقره إذا لم يتأكد؛ فلذلك رددنا شهادته، وأبطلنا التقليد.

وأما (ش): فأثبت التقليد بانتفاء العصيان، وأقام الحد؛ لأن العقوبات لدرء المفساد لا للمخالفات؛ بدليل تأديب الصبيان والبهائم؛ استصلاحًا لها من غير عصيان. ويرد عليه: أن ذلك يسلم فى غير الحدود من العقوبات، أما الحدود بعدد: فلم

(١) بياض فى أ.

نعهده^(١) فى الشرع إلا فى معصية.

ولا يحد المكره، ولا المضطر لإساعة الغصة؛ لأنه مباح - حيثئذ - لإحياء النفس.

الثالثة:

قال: يحرم التداوى بالخمير والنجاسات، وأما الدواء الذى فيه خمير: تردد فيه علماؤنا، وقال القاضى أبو بكر: والصحيح: التحريم، لقوله - عليه السلام - : «إِنَّهَا لَيْسَتْ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهَا دَاءٌ»^(٢).

الرابعة:

قال: إن ظنه غير مسكر، شراباً آخر: لم يحد، وإن سكر؛ كما لو وطئ أجنبية يظنها امرأته: لا يحد.

الخامسة:

قال: لا يحد حتى يثبت الموجب عند الحاكم بشهادة رجلين، أو إقرار، أو شهد بالرائحة من يتيقنها ممن كان شربها حال كفره أو فسقه، ثم انتقل للعدالة، وقد يعرف الشيء ذو^(٣) الرائحة: كالزيت، والبان، وغيرهما، ولولا ذلك لم يحد سكران؛ إذ لعله سكران من علة، وقد حكم به عمر - رضى الله عنه - وقبل فيه شهادة العدول، وهو قول عائشة وابن مسعود، ويكفى فى الشهادة أن يقول: شرب مسكراً.

قال ابن يونس: ولا بد فى الشهادة على الرائحة من شاهدين، ولا يكفى الواحد إلا أن يقيمه الحاكم، فيصير كالترجمان، وغيره يقبل وحده، قاله أصبغ.

وفى النوادر: وإن أشكلت الرائحة على الإمام، وهو حسن الحال: تركه، أو سبى الحال: استقرأه ما لا يغلط فى مثله، مما يصلى به من المفصل، فإن اعتدلت

(١) فى أ: يعتمده.

(٢) أخرجه مسلم حديث (١٩٨٤/١٢)، وأبو داود (٣٨٧٣)، والترمذى (٣٨٧/٤) حديث (٢٠٤٦)، والدارمى (١١٢-١٣)، وأحمد (٣١١/٤)، وابن حبان (٢٣١/٤) (١٣٨٩-١٣٩٠)، وعبد الرزاق فى المصنف (٢٥١/٩) (١٧١٠٠)، والبيهقى (٤/١٠).

وقال الترمذى: حسن صحيح.

(٣) فى ط: إذا.

قراءته: تركه، وإلا حذّه. وإن شك في ذلك، وهو من أهل التهم: حد فيه للتهمة. وعن مالك: إن شك في الرائحة: أهو مسكر أو غيره؟ أو أخذ على مشربة، ولم يسكر، ولم يعرف ما ينبذهم، وهو معتاد لذلك - ضرب سبعين، ونحوها، وإن لم يكن معتادًا: بخمسين ونحوها، عبدًا كان أو حرًا؛ لأنه تعزير. ويعاقب من حضر المشارب، وإن قال: أنا صائم.

قال ابن القاسم: ويختبر الإمام السكران بالرائحة وغيرها؛ لأنه حد انتهى إليه. قال أصبغ: إن ظهرت أمارات السكر وإلا لم يتجسس عليه، وإن شهد عليه بغير الخمر: حده، وفعله عمر - رضى الله عنه - وقالته عائشة وغيرها؛ لأن الأصل: عدم الإكراه.

قال ابن القاسم: إن شهد أحدهما: أنه شرب خمرًا، والآخر: أنه شرب نبيذًا مسكرًا - حد؛ لاجتماعهما على أصل السبب. فإن شهدت البيعة، فحلف بالطلاق: ما شرب - حد، ولا يطلق عليه. وخالفه الأئمة في الرائحة، فلم يحدوا بتحقيقها؛ لأنه قد يتمضمض بالخمر للدواء ويطرحها، أو يظنها غير خمر، فلما حصلت في فيه طرحها، أو كان مكرها، أو أكل نبقًا بالغًا^(١)، أو شرب شراب التفاح؛ فإن رائحته تشبه رائحة الخمر، وإذا احتمل فالحد يدرأ بالشبهة.

والجواب: أن الأصل: عدم الإكراه، وأن الشرب أكثر من المضمضة وغيرها، والكلام حيث تيقنا^(٢) أنه ربح خمر، لا تفاح ولا نبق. النظر الثاني: في الواجب.

وفي الكتاب: وهو ثمانون جلدة، وتشطر بالرق، ووافقنا (ح)، وأحمد. وقال (ش): أربعون، وللإمام أن يزيد عليه تعزيرًا. لنا: أن النبي - عليه السلام - ضرب في الخمر بالنعلين^(٣)، فلما كان في زمان عمر - رضى الله عنه - جعل مكان كل نعل سوطًا.

(١) في أ: باسا.

(٢) في أ: تبعنا.

(٣) أخرجه من طريق الزهري عن عبد الرحمن بن أزهر الشافعي في المسند (٩٠/٢) (٢٩٢)، وأبو داود (٤٤٨٧)، و(٤٤٨٨)، وذكره الحافظ في التلخيص (١٤٢/٤) ونقل عن ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه وأبي زرة الرازي أنهما قالوا: لم يسمعه الزهري من عبد الرحمن بن أزهر.

وفى الدارقطني: (١) لما ولى عمر - رضى الله عنه - استشار الناس فى حد الخمر، فقال عبد الرحمن: اجعله أخف الحدود: ثمانين. وقال على - فى المشورة -: إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فحدوه حد المفترى. ولم ينكر أحد؛ فكان إجماعاً. وروى ابن شداد (٢) عن ابن عباس: حد الخمر ثمانون. ولأنه حد العبد؛ فلا يكون حداً للحر، كالخمسین، ولأنها جناية على العقل، مضیعة لمصالح الدارين؛ فلا تقصر عن القذف الخاص بشخص واحد، ولأن الزائد على الأربعين يجوز. كالمائة؛ فيكون حداً، وإلا لم يجد كالزيادة على المائة فى الزنى، والثمانين فى القذف.

احتجوا بما فى مسلم: أن علياً فى زمان عثمان - رضى الله عنهما - جلد الوليد ابن عقبة أربعين بأمر عثمان، ثم قال: جلد النبى ﷺ أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين. وكلُّ سُنَّةٍ، ولأنه حد لجريمة؛ فتختص بعدد لا يشارك فيه: كالزنى، والقذف.

والجواب عن الأول: أن رسول الله ﷺ لم يضرب على وجه التحديد، وإلا لما خالفته الصحابة - رضى الله عنهم - بل وكله للاجتهاد، وما ذكرناه راجح فى الاجتهاد؛ لما تقدم.

وعن الثانى بالقلب، فنقول: فوجب ألا يختص بأربعين كالزنى والقذف.

تفريع:

فى الجواهر وكيفية الجلد: ضرب بين ضربين، بسوط بين سوطين، فى زمان بين زمانين، فى الحر والبرد، ويضرب قاعداً، ولا يربط، ولا يمد، ويخلى له يده، ويضرب على الظهر، والكتفين دون سائر الأعضاء.

وتضرب المرأة قاعدة، وعليها ما يسترها ولا يقيها الضرب، واستحسن أن تقعد فى قفة، والمستند تقدم بيانه فى الحدود. ويوالى بين الضرب، ولا يفرق على الأيام حتى تحصل الحكمة بالنكاية (٣)، إلا أن يخشى - من تواليه - هلاكه. ولا يجلد

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (٨٤٢/٢) فى الأشربة: باب الحد فى الخمر (٢)، والشافعى (٢/٩٠)، فى حد الشرب (٢٩٣).

(٢) فى ط: سعد.

(٣) فى ط: بالنهاية.

حال سكره حتى يدرك الألم، ولا المريض إن خيف عليه، ويؤخر للبرد.
في النوادر: وروى أشهب: أن مدمن الخمر يحد، ويلزم السجن إن كان خليعًا،
وقد فعله عامر بن الزبير بابن له.

قال مالك: إن أخذ في الأسواق [وقد] آذى الناس يوصل به إلى المائتين، ويعلن
ذلك، ويشهر بذلك حاله، ويقام الحد في الحرم، ويختار للضرب الرجل العدل، لا
القوى ولا الضعيف، ويضرب قدام القاضي احتياطًا، ويطاف بالفاسق المدمن،
ويعلن أمره، ويفضح.

قال ابن القاسم: وضرب النساء^(١) دون الرجال، ويجلد السيد عبده إذا شهد
عدلان عنده، ويحضر لجلده رجلين [عسى]^(٢) أن يعتق، ثم يقذف، وقد تقدم . . .
تقيم المرأة الحد: على ممالكها، وإن ادعت المرأة الحمل أخرت حتى يتبين
أمرها. وإن شرب في رمضان جلد وعزر للشهر، قاله مالك.

قال محمد: وإن رأيت معلنًا رفعته للإمام، ويستتر على صاحب الزلة.
قال مالك: إن رأيت جارك على ذلك تقدم إليه وإنه، فإن لم يتنه أرفعه للإمام.
وإن دعى الإمام لبيت فيه فسق: أجب إن كان تقدم إليهم في النهي، وإلا فلا. وإن
كان مع الإمام رجلان فرأوا حدًا: لم يسعه الستر؛ لأنه ثبت - حيثئذ - عنده، وإن
كان واحدًا: فله ستره ما لم يكن معلنًا؛ فيرفعه لمن فوقه. فإن أنهى إليه أن فلائًا
سكران، أو على حد، ولم تصح عنده أو بحضرته فلا يرسل خلفه إلا المعلن، وإن
بلغه أنه في بيت فلان - وهو مشهور بالفسق - كشفه وتعاذه، ذكر عنه أم لا، وله
نقله من مكانه، وتشريده، وغير المشهور: لا يكشفه.

* * *

(١) في ط: المرأة.

(٢) يياض في ط.

كتاب موجبات الضمان

والنظر في الفعل، ومراتبه.

ويندرج فيه: جنايات العبيد، ثم في دفع الصائل، ثم في إفساد البيهائم، فذلك ثلاثة أنظار.

النظر الأول: في الأفعال ومراتبها

وفي الكتاب: إن قتل عبد رجلاً له وليان، فعفا أحدهما عن العبد، على أن يأخذ جميعه، ويعتني السيد: فإن دفع السيد لأخيه نصف الدية: تم فعله، لعدم المطالبة، وإلا خير بين كون العبد بينهما، أو يرده، فإن رده: فلهما القتل، والعفو، وإن عفوا: خير السيد بين إسلامه، أو فدائه منهما بالدية؛ لقوله: - عليه السلام - «العَبْدُ فِيمَا جَنَى»^(١)، وعنه -أيضاً-: الدخول مع أخيه فيكون العبد بينهما لشركتهما في الدم.

وكذلك: إن عفا أحدهما على أن يأخذ القاتل، وزيادة عبد: فإن دفع السيد لغير العافي نصف الدية: تم فعله، وإلا دفع العافي لأخيه نصف القاتل وحده، ويتم فعله، فإن أبى: رد العبدین؛ وقتل القاتل إن أحبا؛ لاشتراكهما في الدم، وقيل: يدخل مع قتله في العبدین. لأنهما ثمن الدم الذي لهما.

في التنبيهات: العبيد عندنا: ذكورهم وإناثهم بينهم في القصاص، كالأحرار بينهم، مَلَكُهُمْ واحد أم لا؛ لتساويهم.

وقال بعض الناس: إن كانوا لواحد فلا؛ لأنه مضاعفة ضرر الناس على السيد؛ كما لا يقطع العبد في مال سيده، ومع الأحرار من يقطع في الجراح دون النفس فيقتل العبد بالحر إن رضى الولي، ولا يقتل الحر به؛ لعدم التساوى.

قال ابن يونس: قال ابن أبي مسلمة: يقاد للحر من العبد في الجراح إن رضى الحر، ولا يقاد له من الحر وإن رضى الحر.

قال على بن أبي طالب - رضى الله عنه -: «إن قتل العبد رجلاً عمدًا إن شاء الولي قتله، أو استحياء يكون عبداً له».

(١) ذكره العجلوني في كشف الخفاء، بلفظ: «العبد مجزى بعمله». ينظر: الكشف (٧٠/٢).

وإن قال أحد الوليين: إنما عفوت؛ ليكون لى نصفه، لم يصدق إلا بدليل، فيكون العبد بينهما إلا أن يفديه السيد بجميع الدية، وله فداء نصفه بنصفها من أحدهما، وإسلام نصفه للآخر. وإن عفوت عن عبد قتل عمداً: بقى لمولاه إلا أن يشترط رقه، فيخير السيد فى فدائه أو إسلامه. أو قتل خطأ، وقيمتة ثلث تركة القتل: جاز عفوه؛ لأن الذى يجب له فى الدية العبد إلا أن يفديه سيده، فلما عفا صار كأنه أوصى به لسيده. فإن كانت قيمته مائة، والتركة مائتان جاز، أو التركة بمائة: فليسيد العبد ثلثاه، ويخير فى فداء الثلث بثلث الدية أو إسلامه، وقيل: إنما يكون فى الثلث الأقل من قيمته أو الدية؛ لأن السيد لما كان مقدماً على المجنى عليه فى أن يسلم له العبد، أو يفديه بالدية - كان الواجب له فى الدية أحدهما، وبه أوصى له، فيجعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقة، أو قيمة الكتابة. وقيل: هذا لا يخالفه ابن القاسم، وهو ظاهره يخالفه.

فإن قتله خطأ، وأوصى أن يعفى عنه، ويرد لسيده، ولا مال له، ولم يخير الورثة - قال أشهب: يخير سيده فى فداء جميعه بثلثى الدية؛ لأن ثلثها عنه سقط بالوصية، أو يسلم جميعه بثلثى الدية؛ لأن اللازم فى الجناية التخيير، لا شيء يتعلق بالذمة؛ كما لو جرح عبدك حرّاً جرحاً ديتة مائة، فطرح عنك خمسين: فلك فداء جميعه بخمسين أو تسلم جميعه بالخمسين، وكالرهن يضع المرتهن بعض حقه، بجميع الرهن بما بقى.

وقال أصبغ: ليس للورثة إلا ثلث [العبد]^(١) أو ثلثا الدية، وإن شاء سيده أسلم ثلثيه، أو افتكهما بثلثى الدية، وثلث العبد لسيده بالوصية، أسلم بقيته، أو فداه بخلاف المجروح؛ فإنه كالرهن.

قال اللخمي: إنما كان للأول العود للقتل بعد تقدم الصلح؛ لأنه إنما سقط القتل فيكون جميع العبد له، فلما استحق نصفه، ولم تكن هناك ذمة يتبعها عاد للقتل، بخلاف القاتل حرّاً؛ للولى ذمة يتبعها إذا استحق نصف ما صالح به، وإن أسلم، بخلاف القاتل السيد العبد على إن لم يجد الغائب دفع للحاضر نصف قيمة العبد: لم يكن للأول إن لم يجد الثانى؛ لأن له ذمة يتبعها.

(١) يياض فى ط.

فرع: فى الكتاب: إذا أعتقه بعد علمك بقتله لرجل خطأ، وأردت حمل الجناية: فذلك لك، أو قلت: ظننت أنها تلزم ذمته، حلفت على ذلك، ورد عتقه؛ لتعلق حق الجناية برقبته، وكذلك إن جرح الحر وحلفت، وإن كان للعبد مال مثل الجناية، أو وجد معينًا على أدائها، نفذ العتق، وإلا بيع منه بقدرها، وعتق الفاضل، وإن كان لا فضل فيه: أسلم لأهل الجناية. وإن باعه بعد علمه بالجناية: حلف ما أراد [الحمل]^(١)، ثم دفع الأرش لأهل الجناية.

وإلا فلهم إجازة البيع، وقبض الثمن، وفسخه وأخذ العبد؛ لتعلق الجناية به. قال غيره: إلا أن يشاء المبتاع دفع الأرش لأيهما، فذلك له؛ لأنه حقهم، ويرجع على البائع بالأقل مما افتكه، أو الثمن؛ لأن كليهما متعلق بالسيد، فإن افتكه البائع: فللمبتاع رده بهذا العيب، إلا أن يبينه البائع له. وقال غيره: هذا فى العمد، وأما فى الخطأ فلا، وهو كعيب ذهب [قبل أن يردده المشتري].

فى التنبيهات: للسيد ثلاثة أحوال:

إن علم الجناية والحكم: أسلم فى العتق المجنى عليه رقيقًا، أو يفديه ويمضى عتقه، وفى البيع: إن أعطى الجناية مضى البيع، وإلا رده.

أو يعلم الجناية ويجهل أنه ليس له عتقه ولا يبيعه إلا بعد تحمل الجناية: فيحلف ما أراد التحمل، ويكون له من الخيار وللأولياء فى البيع ما تقدم.

والثالث: لا يعلم الجناية ولا منعه من البيع والعتق، فقولان:

أحدهما: رضى بالتحمل؛ فيمضى عليه البيع والعتق.

وثانيهما: أنه ليس يرضى، ويحلف ما أراد التحمل، لكن يحلف، وصفة^(٢)

أيمانه: أن يحلف فى الوجه الثانى: أنه جهل ذلك، وفى الثالث: ما أرد تحمل ذلك، وإنما يستحلف^(٣) فى كل هذا إذا كان له مال، قاله محمد، وقد يقال:

يستحلف على كل حال إذا رضى باتباعه، وكذلك: إن وطئ بعد الجناية، فحملت

فى الوجوه الثلاثة، لكن إن لم يعلم وهو ملء، فعليه الأقل من قيمتها، أو أرش الجناية، فإن كان عديمًا: أخذها أهل الجناية.

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: ومنعه.

(٣) فى أ: يستحق.

فإن علم، قال فى الكتاب: لزمه أرش الجناية إن كان له مال؛ لأن ذلك منه رضا بتحمل الجناية.

وقال محمد: إذا حلف أنه لم يرض بحملها: فعليه الأقل، وعليه هذا التفصيل، والخلاف فى العلم، وإن لم يكن له مال: أخذها أهل الجناية، فإن لم تحمل لا يكون وطؤه رضا بالجناية، قاله أبو عمران.

وفى النكت: إذا بيع وافتكه المشتري، ورجع فلأصل: إن افتكه بأقل من الثمن: فعهدته على البائع، أو بمثل الثمن فأكثر: فعهدته المشتري على أهل الجناية؛ لأن فى الأولى بقى للبائع فضل، وهو قد رضى بتمام البيع، بخلاف غير ذلك. وقوله: للمشتري الرد بالعيب فى العمد يريد جناية عمد فى المال، إلا أن يبين، أما فى القصاص يقدر: لا ينفع البيان؛ لأنه لا يدري أيقص منه أو لا. وقوله: يباع يقدر الجناية، ويعتق ما فضل يريد: لا مال للسيد، وإلا يكمل عليه عتق جميعه، قاله محمد.

وينبغى^(١) إن كان [السيد]^(٢). موسراً - وفى العبد فضل - ألا يحلف السيد أنه لم يرد حمل الجناية؛ لأنه إذا صدق بيع بعضه فى الجناية وعتق باقيه، فيلزمه التقويم، فيلزمه الأرش وإن كره.

قال التونسي: العهدة مشكلة فى العبد؛ لأنهم إن أجازوا البيع، وأخذوا الثمن على من يرجع المشتري إذا استحق؟ والبائع لو أسلمه للمجنى عليه، وانتقض البيع، فاستحق: رجع المسمى للمشتري، و[إن] أجاز أهل الجناية البيع، فاستحق العبد، فإن رجع المشتري بالثمن على البائع لعدم أهل الجناية: أدركه ضرر؛ لأنه قد رضى بإسلامه، فسقطت العهدة، فإن أجازوا^(٣) البيع والمشتري ملء: أضر ذلك به، إلا أن يقال: لما علم البائع بالجناية وباع، فقد رضى بالعهد عليه إن أجازوا البيع. قال ابن يونس، عن مالك: إذا حلف: لم يرد حمل الجناية رد عتق العبد، وخير السيد فى الافتكاك، فإن افتكه: كان حرًا؛ لأنه أعتقه [وله إسلامه، فإن كان للعبد

(١) فى أ: ويبقى.

(٢) سقط فى ط.

(٣) فى أ: أجاز.

مال يكون قدر الجناية أو وجد معينًا يعينه بقدر العتق فإنه لا يرد عتقه^(١) وهو تفسير لما في الكتاب.

وعن ابن عبد الحكم: إذا حلف أنه لم يرد حمل الجناية: رد عتقه، وخير السيد في افتدائه، ويبقى له عبدًا، أو يسلمه عبدًا.

وعن المغيرة: إذا أعتقه عالمًا بالجناية: ضمن، كإيلاد الأمة.

[وإن جرح رجلين، فعلم بأحدهما]^(٢) فأعتقه: رضى بحمل الجناية، ودفعها إليه، ثم قام الآخر: فعليه إعطاء الآخر الأقل من أرش جرحه، أو نصف قيمة العبد. [قال محمد: وله أن يرجع على الأول فيدفع له مما دفع إليه قدر نصف قيمة العبد] إن كان المدفوع إليه أكثر من ذلك، ويأخذ ما بقي؛ لأنه ظهر أنه إنما يستحق نصفه، وهو لا يقدر أن يسلم إليه نصفه؛ لما حدث فيه من العتق.

وإن جنى، فوهبه بعد علمه، ولم يرض بأداء الجناية، وحلف ما أراد حملها - فإن الجناية أولى به.

قال اللخمي: قال محمد: إن أعتقه والجناية أكثر، وحلف أنه لم يرض بحملها، وكان عليه قيمتها، فإن نكل: غرم الدية، وإن كان بيد العبد مال يقوم بالجناية: أخذ منه، وعتق، أو وجد من يعينه، واختلف: هل يبدأ بأخذ ماله، أو يتخير السيد؟ فعلى القول: بأن السيد يفتديه للرق: يبتدأ بماله، ويمن يعينه. وعلى القول: أنه يفتدى لعدم تخيير السيد: فإن لم يكن له مال، وفي قيمته فضل عن الجناية - فثلاثة أقوال:

في المدونة: يباع منه بقدر الجناية، ويعتق الباقي.

وفي الموازية: يعتق كله على السيد؛ لأنه يستكمل عليه ما قابل الجناية.

وقيل: يسلم كله لأهل الجناية؛ لأن الأصل في الجناية ألا يباع إلا بعد حقها.

والأول يقتضى ألا يستكمل على المعتق، وإلا لا يستكمل من غير بيع، وإنما

أعتق ذلك القدر من باب «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»؛ لأن السيد برىء منه بالبيع^(٣) فعتق^(٤)

(١) بدل ما بين المعقوفين في ط: أو أسلمه وله مال أو نحوه معينًا بقدر العتق.

(٢) في أ: خرج.. بإحدهما.

(٣) في أ: كالبيع.

(٤) في أ: يعتق.

الباقى أولى من رقه .

فرع: فى الكتاب: إن جنى، فقال: أبيعه، وأدفع الأرض عن ثمنه - منع إلا أن يضمن وهو ثقة مأمون، أو يأتى بضامن ثقة فليؤخر اليومين، ونحوهما، وإلا فداء، أو أسلمه؛ لأن الأصل تعيينه للجناية، فإن باع ودفع دية الجرح: جاز بيعه، وإلا فلا. قال اللخمي: إن كان فيه فضل فالأحسن إجابته للبيع؛ لأن المجنى عليه إذا أخذ حقه سقط مقاله، واختلف: إذا أسلمه السيد، وأراد أولياء الجناية نقض البيع، فدفع المشتري الجناية - ف قيل: له ذلك؛ تميمًا للعقد، ويرجع على البائع بأقل من الثمن، أو الفداء. وقيل: ليس له؛ لأن البائع برىء منه، وأسلمه إلى أولياء الجناية، فصار ملكًا لهم؛ فلا يباع إلا برضاهم، وعلى القول الآخر: إن كان فى الثمن فضل على الجناية: وقف، فإن رجع السيد، أو المجنى عليه إلى إجازة [البيع]^(١): أخذوه؛ لأن المشتري لا حق له فيه.

فرع: فى الكتاب: إن ولدت بعد الجناية لم تسلم وولدها معها؛ إذ يوم الحكم يستحقها المجنى عليه^(٢)، بل تسلم بما لها بعد الجناية، وقاله أشهب فى الولد، والمال؛ لأنه جزؤها.

قال ابن يونس: قال المغيرة: إن^(٣) ولدت بعد الجناية فهو رهن معها فى الجناية.

قال ابن القاسم: إن ماتت فأهل الجناية أحق بما لها إلا أن يدفع السيد الأرض. قال اللخمي: الجناية لا تتعلق بذمة السيد؛ لقوله - تعالى - : ﴿لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] إلا أن يتسبب السيد فى ذلك، مثل: أن يجيعه، فيسرق؛ ففى كون الجناية حيثئذ فى رقبته أو ذمة سيده قولان.

وقضى عمر -رضى الله عنه - على حاطب لما أجاع عبيده حتى سرقوا بغيراً - بقيمة البعير، وثنى عليه عقوبة.

فإن أمره السيد بذلك: فللمجنى عليه اتباع السيد، قولاً واحداً، أو يتبع بها

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: عليها.

(٣) فى أ: كان.

العبد، فيفدى منه، أو يسلم.

واختلف إذا أسلمه، وله مال: يسلمه^(١) بماله عند ابن القاسم كالعق، وقال مالك في أم الولد تجنى: تقوم بغير مالها، وقيل: تقوم به. فعلى الأول: يقوم العبد بغير مال.

وإن جنت حاملًا: أسلمت على هيئتها، والحمل للمجنى عليه، فإن وضعت قبل الإسلام: لم يسلم الولد؛ لانفصاله قبل الحكم، وإن حملت بعد الجناية، ثم وضعت، فخلاص، والإسلام أحسن؛ لتجده بعد الجناية، وعلى قول: لا يسلمه إذا جنت حاملًا.

[والإسلام لتجده بعد الجناية ههنا أخف من الإسلام]^(٢) في البيع.

وإذا قتل العبد عبدًا، فقتله المجنى عليهم: فالمال للسيد اتفاقًا؛ لأن الذي كان لهم هو نفس القاتل، وقد أخذوها، واختلف إذا عفوا عنه وأسلم إليهم: فعند ابن القاسم: لا يسلم ماله؛ لأنه لم يستحق بالقتل إلا رقبته، وإن أسلمه ليستحيوه، فقتلوه: استرجع المال منهم.

فروع: في الكتاب: إذا جنى المأذون، وعليه دين من تجارة، فأسره العدو، فابتاعه رجل منهم، فلم يفده سيده بالثمن - فليس لأهل الجناية أخذه إلا بدفع الثمن للمبتاع. ولو أسلمه سيده أولًا بالجناية لم يكن لمن صار له أخذه إلا بدفع الثمن، وأما الدين فباق في ذمته، وإنما سقط عن العبد وعمن يصير له ما كان قبل أن يؤسر؛ [لأنه] في رقبته.

في النكت: على مذهب ابن القاسم: إذا بيع في المغنم، ووجده سيده بيد المشتري: يفتكه إن أحب بالثمن، والجناية جميعًا أو يسلمه، بخلاف قول سحنون: إنما يفتكه بالأكثر من الجناية، أو الثمن؛ للزوم الجناية له قبل الأسر. فإن صار في سهم رجل من المغنم، ثم جنى، ثم قام ولي الجناية، وأتى السيد - خير السيد الأول بين افتكاكه [وإسلامه، فإن افتكه]^(٣) بالذي صار في السهم، ثم أخذ منه المجنى عليه عقل جنايته وإن فضل ذلك للذي صار في سهمه: فإن كان الأرض أكثر

(١) في أ: فسلمه.

(٢) في ط: والاستثناء لتجد بعد فيه ههنا أخف من الاستثناء.

(٣) سقط في أ.

مما صار له فى السهم: افتكه بالأرض، وكان ذلك للمجنى عليه، فإن أبى السيد الأول أن يفتكه بذلك: خير الذى صار فى سهمه فى إسلامه للمجروح، أو يفتكه بالعقل، فإن جنى، ثم غنم، ثم جنى: بدئ بالآخر.

قال التونسي: لم يذكر فى الكتاب أن للمشتري دفع الجناية لأهل الجناية، ويقدم عليهم، كمن جنى عبده، فباعه، ولم يعلم بالجناية، وأسلمه لأهل الجناية: أن للمشتري دفع الأرض للمجنى عليه، ويرجع على البائع بالأقل، وقد يكون المشتري ههنا يخالف المشتري من المالك الذى جنى عبده؛ لأنه هناك أخذه من أهل الجناية، فرجع على البائع منه بالأقل، وههنا إذا فداه^(١) من أهل الجناية: لم يرجع على أحد فحل أهل الجناية محل صاحبه الذى كان له. وقد يقال: يد المشتري ههنا أقوى ما لم يكن له الرجوع على أحد؛ فصارت شبهة بالشراء.

وقد قال غير ابن القاسم: إن أهل الجناية يقدمون على المشتري؛ لأن البائع لما لم يفده صار ملكاً لهم، لا سيما على القول: إن أهل الجناية ملكوه؛ لقوله - عليه السلام - «الْعَبْدُ فِيمَا جَنَى»، وقد أسنده كالشراء.

فرع: فى الكتاب: إن جنى، فلم يحكم فيه حتى جنى جنايات: فإما فداه بدياتهم أجمع، أو أسلمه إليهم، فيتخاصصوا فيه بقدر جناية كل واحد، ولو فداه، ثم جنى: فداه ثانية، أو أسلمه؛ للحديث.

قال اللخمي: على القول: إنه بالجناية الأولى ملك للمجنى عليه حتى يفتدى منه - يخير الأول إذا أسلم إليه بين أن يسلمه أو يفديه من الثانى.

فإن جنى، ثم جنى عليه: قال ابن القاسم: يخير سيده بين فدائه، أو يسلمه، وما أخذ فى جنايته.

وقيل: نقص الجناية على العبد، والجناية عليه، ويخير سيده فى فدائه بحصة العبد، أو يسلمه ويكون عليه الأقل بما أخذ فى الجناية، أو قيمة ما ذهب منه، ويكون الفضل له.

فإن جنى، ثم جنى عليه، [ثم جنى]^(٢): قال ابن القاسم: إن أسلمه أسلم معه

(١) فى أ: أفداه.

(٢) سقط فى أ.

دية جرحه، فكان ذلك للمجروح الأول وحده، ويقتسمان^(١) العبد بينهما على قدر الجنائيتين، ولا يحسب على الأول مما أخذ شيء. ثم رجع، فقال: يتحاصنان في العبد، ودية الجرح.

وقال أشهب: إن أسلمه فهو بينهما، وللأول نصف دية الجرح التي كانت وجبت للعبد، وللسيد نصفها؛ لأنه جرح الأول صحيحًا، فله نصفه صحيحًا، وجرح الثاني مقطوع اليد، فله نصفه كذلك.

وقال عبد الملك: دية [الجرح الأول] وينسب للعبد، فإن كان ثلثه فقد أخذ المجروح [الأول] ثلث حقه، ويضرب في العبد في الثلثين، ويضرب للثاني بجرحه كله.

قال محمد: القياس: أن يكون السيد في قيمة جرحه بالخيار؛ لأن العضو الذاهب كان عليه قبل ذلك بعض الجناية، وقد أخذ العوض عنه، فيجعل عليه ما ينوبه، ويحط عن الثاني.

فرع: في الكتاب إن أعتق نصف عبده، فجنى قبل القضاء لتكميله: لم يكن كالححر؛ إذ لو مات السيد، أو لحقه دين قبل الحكم: رق باقيه، بل يلزم السيد الأقل من نصف قيمته أو نصف الأرض، ويكمل عتقه؛ لأنه لو أسلمه يقوم عليه ويكون نصف الأرض في ذمة العبد بكل حال، فإن مات السيد قبل القيام: فنصف الأرض في ذمة العبد، ويخير الورثة في إسلام النصف الرقيق، أو يفدونه ويكون لهم رقًا. فإن أعتق المملوء شقصًا من عبد مشترك، فجنى قبل التقويم: خير المتمسك في فداء شقصه، وتقويمه على المعتق، أو يسلمه فيقومه المسلم إليه على المعتق بقيمته يوم الحكم معيًّا؛ لأنه كذلك ملكه، ويتبع العبد لا العاقلة بنصف الجناية، وإن جاوز ثلث الدية؛ لأنها لا تحمل عن عبد.

فإن وهب المتمسك حصته منه لرجل بعد العتق: فالتقويم للموهوب، بخلاف البيع؛ لأن البائع باع بمعلوم على أن يأخذ قيمة مجهولة، وهو غرر، ولا غرر في الهبة.

وإن جنى المعتق بعضه، أو جنى عليه: فلسيده أو عليه بقدر ملكه منه، وللعبد أو

(١) في أ: ويقسمها.

عليه بقدر المعتق منه، وتبقى حصة العبد فيما يأخذ من أرش بيده، كما له. وكان مالك يقول: يأخذ من له رق فيه الأرش كله، كأرشه.

قال اللخمي: يختلف في صفة التقويم إذا لم يقوم حتى جنى، فإن افتداه: قوم قيمة واحدة، ويقال: كم قيمة جميعه قبل العتق؟ لأنه له أن يدعوه إلى بيع جميعه، فيأخذ نصف تلك القيمة إن كانت مائة: أخذ خمسين، فإن أسلمه: زيد تقويم نصفه يوم العتق، على أن نصفه عتيق، فإن قيل: ثلاثون، فله عشرون، وهي فضل ما بين نصف قيمته قبل العتق وبعده، وللمجنى عليه قيمة نصفه الباقي يوم يقوم، على أن نصفه عتيق، وعلى القول: إنه حر بالسراية للشريك: نصف القيمة يوم العتق، وللمجنى عليه قيمة جميع المجنى به على العبد، فإن كان المعتق معسرًا بقى النصف رقيقًا، وقسمت الجناية على المعتق والرقيق، ويخير المتمسك بالرق بين إسلامه وفدائه. (١)

قال ابن القاسم: ولا شيء للسيد في ماله إن افتداه، ولا للمجنى عليه إن أسلم إليه، ويؤخذ ماله كله عن العتق إلا أن يكون فيه فضل، فإن قصر ماله عما ينوبه: أخذ من كسبه ما يفضل من عيشه، وكسوته، والأحسن ألا يؤخذ من المال إلا نصفه؛ لأنه الذي ينوب العبد، ويأخذ الشريك النصف؛ لأنه إذا دفع النصف في الجناية كان ذلك مقاسمة، فأخذ الشريك نصفه، وكذلك كسبه في المستقبل الفاضل عن عيشه.

وإذا جنى عليه: فثلاثة أقوال: نصفها للسيد، ونصفها للعبد، وجميعها للمتمسك بالرق، كقيمته [إذا قتل] (٢)، وجميعها للعبد كما له. وإن عتق وهو موسر، وباع المتمسك، والمشتري عالم بالعتق - فالحكم: التقويم، ومتى علم بالتقويم واليسار: فسخ البيع؛ لفساده. فإن فات بحالة سوق فما فوقها: فالقيمة فيه على أن نصفه عتيق، وأنه (٣) يقوم، وإن جهل التقويم: صح البيع، وهي مسألة عيب فلا تفيته حوالة سوق، وتفيته العيوب فما فوق، وإن أحب التمسك مع القيام أن يكون هو المقوم على المعتق فذلك له، على أحد القولين، وعلى القول بأنه مالك الرد،

(١) في أ: فادته بين إسلامه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ط: فإنه.

كالمبتدى شراء: يفسخ، ويمنع المتمسك. وإن علم بالعتق، ولم يعلم بيسار المعتق: حط عنه عيب التقويم، ولزمه التقويم على المعتق، فإن لم يقم حتى [أعسر المعتق] سقط قيامه إن كان عالمًا بالعتق، ولم يعلم يسره. وإن لم يكن عالمًا بالعتق، وأعسر المعتق: فمقاله^(١) لعيب العتق يرد مع القيام، وإن فات: رجع بقيمة العبد، أو مات العبد: رجع بعيب العتق.

فرع: فى الكتاب: إن قال: عبدى حر بعد موتى بشهر، فلم يحمله [الثالث] - خير الورثة بين الإجازة، أو عتق ثلثه بتلا^(٢). فإن أجاز واحد منهم تمام الشهر، وعتق: فإن جنى العبد جنائية بعد إجازة الوصية، وقبل أن يمضى الشهر - قيل للوارث: افتك خدمته، أو سلمها، فإن أسلمها: خدم العبد فى الجنائية تمام الشهر، وعتق واتبع بقيمة الأرض فى ذمته؛ لتأخر الجنائية عن سبب الحرية. وإن افتكه الوارث: خدمهم بقية الشهر، ثم عتق، ولم يتبع بشيء؛ لأن ما يفدى^(٣) صار كالرقيق. وإن لم يجز الوارث الوصية: عتق من العبد محمل الثلث، ثم إن جنى: اتبع بما ينوب ماعتق منه، ويخير الوارث فى إسلام ما رق منه، وفدائه.

فإن جنى قبل أن يجيز الوارث وضيق الثلث: خير بين فدائه، ويخدمه إلى أجل، ويعتق، ولا يتبع بشيء، فيكون قد أجاز الوصية، وإن أبى: عتق منه بتلا ما حمل الثلث، واتبع من الأرض بحصة ذلك، وخير فى فداء ما رق منه، وإسلامه. وإن جنى موصى بعتقه قبل موت السيد: فللسيد فداؤه أو إسلامه، فإن فداه: بقى على الوصية، أو أسلمه: بطلت.

فإن لم يفد المجنى عليه حتى مات السيد: فالعبد رهن بالجنائية، فإن أسلمه الورثة: رق للمجنى عليه، أو اقتدوه: عتق فى الثلث. فإن بتل عتقه فى مرضه، فجنى، وله مال مأمون كالعقار يوم العتق: فهو كالحر فى الجنائية عليه ومنه، ويقتص منه فى العمد، ويتبع العاقلة فى الخطأ، فإن كان المال كثيرًا غير مأمون وقف لموته، وكان كالمدير: إن حملة الثلث اتبع بالجنائية، أو بحصة ما حمل منه، وخير الوارث فيما رق.

(١) فى ط: فهما له.

(٢) فى أ: مّا.

(٣) فى ط: بالفداء.

وكذلك إن أوصى بعقته، فجنى بعد موت السيد، وقبل أن يقوم فى الثلث: فإن حمل الثلث: عتق، واتبع دينًا كالمدير؛ لأنه يشبهه، وهو كالعبد ما لم يقوم فى الثلث، وإن كان الثلث يحمله، إلا أن تكون أموال السيد مأمونة؛ فهو فى جنائته، والجناية عليه كالحر.

وإن بتل فى المرض، ولا مال له، أو مال غير مأمون، فجنى العبد جنائية، ولم ينظر فيها حتى أفاد السيد فى مرضه مالا مأمونا - بتل عتق العبد، واتبع بالجناية فى الذمة، ولا تحملها العاقلة؛ لأنه يوم جنى كان ممن لا تحمل العاقلة جنائته؛ لأنها لا تحمل إلا إذا حمل معهم.

فإن جنى فى مرض السيد أو قتل، فعقله عقل عبد؛ لأنه لا تتم حرمة حتى تكون أموال السيد مأمونة.

وإن بتله فى المرض، فجنى جنائية، ثم مات السيد، ولا مال له غيره: عتق ثلثه، واتبع بثلث الأرش، وخير الورثة فى فداء ما رق منه وإسلامه، وهذا والمدير سواء، وإن صح السيد: عتق العبد، واتبع بالجناية، وإذا وقف المبتل لم يقل لسيده: أسلمه، أو أفده كما يجنى فى المدير؛ لأن هذا لا خدمة فيه، ولا رق، وفى المدير الخدمة^(١). وعلى هذا ثبت بعد أن قال غيره.

وإذا وقف المبتل فى المرض وقف ماله معه، فإن جنى: لم يسلم ماله فى جنائته؛ لأنه قد يعتق بعضه إذا مات سيده، ولا مال له غيره، وليس للوارث إن افتك ما رق منه أخذ ماله، أو أسلمه: فلا يأخذ المجنى عليه منه شيئًا، ويقف المال معه؛ لأن من دخله حرية وقف ماله.

وإن قال: اعتقوا عبدي فلانًا بعد موتى، فجنى بعد موته قبل العتق - فهو كالمدير يجنى بعد موت سيده: إن حمله الثلث عتق، وكانت الجناية فى ذمته، وإلا خير الوارث فى إسلام ما ناله فيه فى باقى الجناية، أو يفديه بأرش ما بقى.

وإن أوصى أن يشتري عبدا بعينه، فيعتق، فاشتري، فجنى قبل العتق - فهو كالموصى بعقته يجنى بعد موت سيده؛ فيعتق، ويتبع بالجناية فى ذمته، بخلاف غير المعين؛ لأن لهم إذا اشتروه ألا يفتدوه، ويبدلوه بغيره إن كان أفضل للمبيع.

(١) فى أ: الحرمة.

فى التنبيهات: فى الموازية: فى المبطل فى المرض: أنه يخدمه المجنى عليه فى أرش الجناية، إذا أداها قبل موت سيده رجع إليه، ووقف إلى موته، وإن لم يتم الأرض حتى مات سيده: عتق فى ثلثه، فما عتق كان عليه مما بقى من أرش الجناية لربه، وخير الوارث فيما رق منه.

وقيل: ينظر إلى قيمة الرقبة، والجناية [إن عين فيها الجناية]^(١) إن عتق؛ لأنه أحق من الدين فلا معنى لتوقيف عتقه، ولا حق فيه بعد الجناية لغريم ولا وارث. فى النكت: قال محمد فى الموصى بعتقه لا يقوم فى الجناية إلا بعد موت السيد، فيفتكه الورثة - قال: تسقط قيمة العبد من مال الميت فى قول ابن القاسم، ثم يكون ما بعد هو ماله، فإن كانوا فدوه بالثلث، فأدى: عتق كله، أو أكثر: عتق منه قدر ثلث مال الميت بعد إسقاط العبد من مال الميت.

قال الترنسى: اختلف فى الموصى بعتقه أى جعل فى الثلث؟ فعلى ما فى المدونة: الأشبه أن ما دفعوه فى فدايه يذهب من رأس المال، كجائحة أتت عليه، وتضاف قيمته إلى ما بقى من مال الميت، فإن خرج من الثلث عتق، وإلا ما حمل الثلث، والمدفوع فى الجناية كالتالف من المال.

وفى الموازية: يجعل ما فدوه كأنهم اشتروه من المجنى عليه؛ فلا تضاف قيمته إلى ما بقى من المال؛ لأن أهل الجناية ملكوا الجانى، فأشبه الموصى بأن يشتري [من] فلان، فيعتق: لا ينظر إلى قيمته، بل الثمن، فإن خرج من الثلث يرد لك. والموصى بعتقه بعد شهر إذا لم يحمله الثلث، ففى الموازية: للورثة إجازة العتق إلى شهر ويحملون الجناية، ثم يخيرون فى إسلام الخدمة، أو افتدائه بالجناية^(٢)، وكان لهم أن يفعلوا بعد الجناية ما كان لهم أن يفعلوه قبلها من الإجازة، والمبطل فى المرض: إذا وقف لينظر أمره فالصواب: أن الورثة لا يخيرون فى إسلام خدمته؛ لأن الميت أراد تعجيل عتقه، وإنما وقف من جهة الأحكام؛ فيجب إيقاف خواجه معه، فإن خرج من الثلث بقى خواجه معه، وقيل: يخيرون فى إسلام خدمته كالمدبر؛ لأن السيد لما كان غير قادر على تعجيل عتقه، فالخدمة باقية على ملكه،

(١) سقط فى أ.

(٢) فى ط: كالجناية.

فأشبه المعتق إلى أجل.

قال ابن يونس: قوله في المبتل في المرض إن وقف: لا يسلم ماله في جنائية؛ لأنه قد يعتق بعضه بعد موت السيد، ولا مال له غيره - يلزمه: أن المدبر لا يسلم ماله في جنائته؛ لأنه قد يعتق بعضه، بل العلة: أن المبتل في المرض يتبعه ماله إذا لم يشترطه السيد، فالسيد لا يملك خدمته، ولا مال له، فلا يسلم منه ما لا يملكه، كما لا يسلم رقبته، وله في المدبر الخدمة، وانتزاع المال.

قال اللخمي: الموصى بعته إذا لم يفد، ولم يسلم حتى مات السيد: خير الورثة عند ابن القاسم: فإن اقتدوه عتق من الثلث، وقال أشهب: يكون رقيقاً؛ لأن الجنائية ملكته، والفداء كالشراء.

وإن قال: إن مت فهو حر، والمال مأمون، والجنائية خطأ تبلغ الثلث - حملتها العاقلة، وإن لم يخلف متموله: خير الورثة [فإن لم يجيزوا: يعتق ثلثه، وتفرض الجنائية: فما ناب العتيق اتبع به، أو الرقيق: خير الورثة]^(١) في اقتدائه. واختلف إن أجازوا: فقيل: ليس لهم ذلك إلا أن يحملوا ثلثي الجنائية، وقال أشهب: يخيروا، والجنائية في ذمة العبد؛ لأن العتق من الميت. والأول أحسن؛ لأن الثلثين ملك لهم، فإن أجازوا: كان العتق منهم.

وإن قال: هو بعد موتى بشهر، ولم يحمله الثلث - قال ابن القاسم: يخير الورثة بين إعطاء الأرض كله، ولهم خدمة العبد، أو يعتق ثلثه، ويخIRON في اقتداء الثلثين، وقال محمد: إن شاءوا أنفذوا الوصية، والخدمة للمجنى عليه إلى تمام الشهر، فيعتق ويتبع بما بقي، إلا أن يشاءوا أن يفدوا تلك الخدمة بالجنائية على ألا يتبع العبد، أو لا ينفذوا الوصية، ويعتقوا ثلثه، وتفرض الجنائية.

قال: وأرى أن يخيروا في عتق ثلثه، وفرض الجنائية، أو يفدوه بجميع الجنائية، ويكونوا على رأيهم في عتق جميعه إلى أجل، وتكون لهم الخدمة، ولا يخير^(٢) الورثة، ويعتقوا ثلثه بتلا.

وإذا بتل في مرضه، ولا مال له غيره، وللعبد مال: فإن أسلموه لم يكن لأهل

(١) سقط في أ.

(٢) في ط: ولا يخيروا.

الجناية منه شيء، ووقف معه.

وعنه: في كتاب الديات: للعبد دفع ماله عن النصيب المعتقد منه مال.
[قال]: وأرى أن يدفع ثلث ما في يديه عن المعتقد منه؛ لأنه القدر الذي يستحق من ذلك المال، وينزعه الورثة إن افتدوه، أو المجنى عليه الثلثان؛ لأن ما دفعه العبد عن نفسه كالقسامة.

وإن قال: اشتروا عبداً، فأعتقوه - هو بخلاف التعيين؛ لأن لهم إبداله، يريد: أن من حق المجنى عليه ألا ينفذ عتقه، ويقال له: تتبع ذمته، وهذا يحسن إذا اشتروه من التركة، أو للميت، وفي الثلث فضلة، أما إن اشترى للميت، وهو قدر الثلث: فإن لهم عتقه، ويتبع المجنى عليه ذمته.

فرع: في الكتاب: إن أخدم عبده رجلاً مدة معلومة، أو حياته، فجنى - خير مالك الرقبة: فإن فداه بقي في خدمته، أو أسلمه خير المخدم: إن فداه خدمه، فإذا تمت خدمته: فإن دفع إليه السيد ما فداه به أخذه، وإلا أسلمه للمخدم رقاً؛ لأن الفداء صيره كالمجنى عليه. فإن أوصى بربقته لآخر، والثلث يحمله إذا جنى: قدم صاحب الخدمة، إن فداه خدمه، وأسلمه بعد الأجل للموصى له بالرقبة؛ لأنها في الوصية فرع استيفاء الخدمة، ولا يتبعه شيء مما أدى؛ لأنه فداه لنفسه.

والفرق: أن الرقبة في الأول ملك للموصى، له الرجوع فيها، بخلاف الموصى له، وإن أسلمه خير صاحب الرقبة: إن فداه أخذه؛ لسقوط حق الخدمة بالإسلام. قال سحنون: اختلف قوله في هذا الأصل، وأحسن ما قيل: أن يبدأ صاحب الخدمة، إن فداه خدمة بقية الأجل، ولا يكون لصاحب الرقبة إليه سبيل حتى يعطى الفداء، وإلا كان للذي فداه رقاً. فإن كان الثلث يحمله، وقد أوصى بخدمته لرجل، وبرقبته لآخر، فقتل، أو قطعت يده في الخدمة - فالأرش لمن له مرجع الرقبة؛ لأنه بدل عنها أو جزؤها^(١)، قاله مالك واختلف فيه أصحابه:

قال التونسي: قال غير ابن القاسم في المسألتين: يبدأ بالمخدم، فإن افتداه لم يكن للذي له الرقبة سبيل إلا بدفع الجناية، وإن أسلمه خير من له مرجع الرقبة، فإن افتداه سقط حق صاحب الخدمة.

(١) في أ: أو جزها.

وقال أصبغ: يبدأ صاحب البتل فيخير، كما إذا وهب الخدمة فقط.
فإن أخذم عبده مدة ومرجعه إليه، قال أشهب: يكونان كالشريكين، تقوم رقبته بعد الرجوع، فإن كانت مثل قيمة الخدمة: خيرا جميعاً في الفدية والإسلام، فإن فدياه: دفع كل واحد نصف دية الجرح، وبقي العبد على حاله، وإن أسلماه: بقي مملوكاً للمجروح، أو افتدى أحدهما ما له: فذلك له، وإن خالفه الآخر.
فإن أخذمه رجلاً سنة، ثم لآخر سنة، ثم رقبته لآخر: فاختلف قوله فيه اختلافاً كثيراً.

وعن ابن القاسم: يخير المخدمان، فإن افتدياه فهو على حاله، ولا يرجعا بالفداء على أحد، أو أسلماه: أخذمه المجروح، فإن انقضت الستان وجرح حرّاً: اتبعه المجروح بما بقي [له]^(١)، وإن استوفى قبل ذلك: رجع إليه منها سنة.
وإن أسلم أحدهما، وقال الآخر: أفدى - فللفادى الخدمتان: خدمته، وخدمة الآخر. وينبغي على رأى أشهب أن يقوم مرجع رقبته، ويخبرون كلهم بالشركاء.
وعن ابن القاسم: يخير المخدم أولاً؛ لتقدمه، فإن افتداه: خدمه سنة، ولا رجوع له على المخدم الثاني، ولا على صاحب الرقبة، أو أسلمه: خير الثاني، فإن أسلمه خير صاحب البتل، فإن كان بعدهما إلى حرية: اخذمه المخدم في الأجلين.
فإن أدى الجناية، وقد بقي من خدمة أحدهما شيء: رجع فخدمه، ثم عتق. وإن افتداه الأول، فخدمه، فلم يستوف ما أدى: خدمه في أجل صاحبه حتى يستوفى، فإن بقي في أجل صاحبه شيء، فأخذه، فخدمه، ثم خرج حرّاً بعد انقضاء الأجل -: فإن كان مرجعه لثالث، فأسلم المخدمان: خير صاحب الرقبة، فإن أسلمه: كان للمجروح، أو افتداه: كان له بتلا.

وقيل: إن أسلمه المخدم الأول، وفداه الثاني: لم يخدمه إلا سنة، ثم يرجعه إلى ما أرجعه إليه سيده.

قال: وفيه نظر؛ لأنه إذا جنى أول السنة الأولى، وافتداه الثاني بعد أن أسلمه الأول، فالذى افتداه لم تأت سنته، والأول لا يمكنه أن يأخذ منه؛ لأنه قد سلمها، والذي له مرجع الرقبة إنما هو له بعد سنتين، فكيف يأخذ هذه السنة؟ والأشبه: أن

(١) سقط في ط.

تكون الستان للثاني الذي فداه.

قال ابن يونس: قال محمد: لم يختلف مالك وأصحابه، أنه إن أخدمه مدة، ثم مرجعه إليه، فقتل في المدة - فقيمته لسيده؛ لأنها بدل عن الرقبة، وهي له، ولأن السيد لو أحدث دينًا لقوم على المبتل له بعد سنة، ولو مات السيد، وورث عنه؛ لأن المبتل لم يحرزه بعد، وإنما اختلف قوله إذا خدمه مدة، ثم مرجعه لفلان بتلا.

قال أشهب: [إن] قبضه المخدم حيازة له، وللمبتل له معًا: لا يلحقه الدين المستحدث، ولا يبطله موت سيده، وتقام قيمته إن قتل مقامه، يشتري بها من يخدم مكانه، ثم يصير لصاحب المرجع.

فإن أخدمه، فقتله السيد خطأ: فلا شيء عليه، ويغرم في العمد القيمة، فتجعل في يد عدل لواحد منهما للمخدم بقية الأجل، أو العمر إن أعمره إياه، فما فضل: فللسيد، وما عجز: فلا شيء عليه؛ لأنه لم يلتزم شيئًا في ذمته عند الخدمة، وإنما ضمن في العمد بسببه في الإتلاف. وقال ابن القاسم: يشتري منها من يخدمه؛ تحقيقًا للمساواة بين البدل والمبدل منه.

وإن أخد أمته رجلًا، ثم هي حرة، فجرحت: اخدتمها بالجنانية، فإن استوفى: رجعت للخدمة بقية الأجل، فإن انقضت، ولم يستوف: اتبعها بالباقي، وكذلك إن جنت على عبده، كالمدير يجنى على السيد.

فرع: في الكتاب: إن جنى المعتقد إلى أجل، فيفدى سيده الخدمة أو يسلمها، فإن فداه عتق العبد للأجل، ولم يتبعه بشيء؛ لأن جنانية الرقيق لا تتعلق بدمته، وإن أسلمها: خد العبد في الجنانية، فإن وفاها قبل الأجل رجع العبد لسيده، وإن أوفى^(١) الأجل ولم يتم: عتق، واتبع ببقية الأرض.

قال ابن يونس: إن جنى على سيده فكالمدير.

فرع: في الكتاب: إن جنى المدير، وله مال: دفع ماله لأهل الجنانية؛ توفية بالعتق والجنانية، وإن لم يكن فيه وفاء: أسلم السيد حصته، أو فداها بباقي الجنانية.

(١) في أ: حل.

وإن جنى المدبر على جماعة، فأسلم إليهم: تحاصوا في خدمته، ثم جرح آخر: حاص الأول؛ لمساواته في السبب: هذا بجنائه، والأول بما بقى له. قال مالك: إن جنى المدبر خير سيده بين فداء خدمته لما جنى، أو يسلمها، فيخدمه المجنى عليه، فإن تم ماله والسيد حي: رجع إليه مدبراً أو عتق في الثلث ببقية الجناية في ذمته. فإن أدركه دين يغترقه و مات السيد، والدين والجناية يغترقانه: بيع منه للجناية، فالمجنى عليه أحق برقبته؛ لتعلق الجناية بها دون الدين، إلا أن يقدمه أهل الدين ببقية الجناية. أو لا يغترقانه: بيع منه للجناية والدين، وعتق ثلث ما بقى.

وقال ابن القاسم: إذا جنى، وعلى سيده دين يغترق قيمته أو لا: فالجناية أحق بالخدمة، إلا أن يدفع إليهم الغرماء الأرض، فيأخذوه، أو يؤخروه حتى يستوفوا دينهم، فإن لم يأخذ الغرماء: أسلم للمجنى عليه يخدمه، فإن مات السيد، وعليه دين، ورقبته كافية في الدين، والجناية، وفضلة: بيع منه لذلك، وبدئ بالبيع للجناية، وعتق ثلث الباقي. وإن كان لا فضل في قيمته، أو هي أقل منهما: فالجناية أحق به؛ لتعلقها في رقبته، إلا أن يزيد الغرماء على قيمة الجناية، فيأخذوه، ويحط عن الميت قدر الزيادة.

وإن جنى، وله ماله، وعليه دين: فالغرماء أحق بماله؛ لاختصاص الجناية برقبته، أو لا مال له: فدينه في ذمته، والجناية في خدمته.

[و] في النكت: إن قيل: لم لا يخدم المجنى عليه المدبر والمعنى إلى أجل، إلى موت السيد وانقضاء الأجل؟ لأن السيد مالك الخدمة لهذا الحد وقد سلم ما يملك، فلا يقاصص بالخدمة في الأرض، ولم لا كانا كالعبد القن: إذا سلم تكون رقبته له، وإن كان فيها فضل الغنى، كذلك ههنا لا يأخذ من القيمة مقدار الأرض.

قيل: قد لا يبقى من الأجل إلا يوم، أو يموت السيد بعد يوم؛ فتبطل الجناية، ولا يمكن الرجوع على السيد؛ لأنه قد سلم ما يملك، ولا يطالب العبد - أيضاً - بالجميع؛ لأنه قد يسلم، فيملك المجنى عليه شيئين: ما أسلمه السيد، وجميع الأرض، وهو باطل؛ فتعين الأول مطالبة العبد بما بقى له، إن بقى له شيء، فإن استوفاه رجع للسيد.

ومعنى مسألة اجتماع الجناية، والدين: أنهم إذا افتكوه بالأرض فقط، ولم

يزيدوا: فإذا بيع وفضل عن الأرض فهو في دينهم، فإن فدوه بزيادة كان الفضل عن الأرض لهم، ولا يحاسبونه به في دينهم؛ لأنهم كأنهم ملكوه بتلك الزيادة، وفضله لهم.

وقوله: لم يزيدوا على الأرض، مثاله: الأرض خمسون، فيقولون: ندفعها لأهلها، وتسقط عشرة من ديننا عن الذمة - فبالإسقاط يصير ذلك كثيرًا منهم إن فضل عن الأرض: كان لهم، ولا يأخذونه من دينهم.

ومتى كانت الجناية عشرة، وقيمة العبد عشرة، والدين عشرة: فهو لأهل الجناية فقط إلا أن يفتكه أهل الدين، [فإن بقي] في قيمته فضل عن عشرين: بيع الأرض، والدين، وعق ثلث ما بقي؛ لاحتماله ههنا جزءًا من الحرية، والجناية إنما تتعلق بجميع الرقبة حتى يفك؛ لأنه يباع من الجاني بقدر الأرض.

فإن قيل: إذا استوى في الدين، والجناية، والقيمة: إنما رق من جهة الدين لا من جهة الأرض؛ لأنه إذا انفرد الأرض لم يمنع عتق التدبير، واتباع ما عتق منه بما يقع عليه من أرض، وإذا كان الموجب لرقه إنما هو الدين، فلم لا يكون للجناية مقدار ما اغترقه الدين فقط، فيكون لهم في المثل المتقدم نصفه؛ لأن الدين إنما اغترق فيه نصفه؟

قيل: يلزم أن يعتق من المدبر ما يتعين للعتق، وهو باطل؛ لأن بقاء بعض الدين يمنعه لو أخذ أهل الجناية مقدار ما اغترقه الدين، وقام أهل الدين فيما بقي، فإذا أخذوا شيئًا: قام أهل الجناية فيه؛ لأن الجناية أقوى لتعلقها بالرقبة، فلما كان لهم القيام كلما قام أرباب الدين، كان جميعه للجناية.

واعلم: أنها تصوير مسألة دور، كقول أشهب فيمن أعتق عبدًا وعليه دين يغترق نصفه، ثم استحدث دينًا آخر، ثم قام جميعهم، وابن القاسم يخالفه، فانظر لم افترقا عند ابن القاسم.

وإذا جنى المدبر على سيده، فمات السيد قبل وفاء الأرض: فيعتق بعض المدبر في الثلث، واتباع حصّة العتق بما يقع عليه، ورق باقيه للورثة وينبغي أن يكون ما يؤخذ من العبد كمال طرأ يدخل في ثلثه؛ لأن المدبر يدخل فيما لم يعلمه السيد، غير أننا إذا أعتقنا منه مثل ثلث ما نقص منه أولًا وجب أن يجعل على القدر الذي ازداد في عتقه ما يقع عليه من الأرض؛ فكما امتنع جزاء العتق بما يؤخر به امتنع بما

يفضل .

قال التونسي: إذا جنى المدبر، قيل: يخير سيده في إسلام جملة الخدمة، أو يفديها؛ لأنه الذى يملكه من المدبر.

وعلى هذا: لا يرجع بعد إسلامها، وإن عتق في ثلثه: لم يتبع ببقية الجناية. وإذا لم يترك غيره، فعتق ثلثه: لا يتبع الثلث المعتق، ولا يخير الوارث. وإن كان الدين مثل الجناية، وقال أهل الدين: نضمن الجناية، ونأخذ العبد - لم يكن لهم ذلك، إلا أن يزيدوا؛ فتحصل الزيادة من الدين.

وفى الموازية: لو أراد الوارث أن يبيع منه بقدر الجناية التى أدوا، ويدفع الفاضل للغرماء، منع: ولا يأخذونه إلا على طرح ما دفعوا، ويباع كله للغرماء. وفيه نظر؛ لأنه حق فى الشفعة لهم أخذها، ولا يكون الفضل للغرماء. وإن اشترى بالخيار، فمات: للوارث الأخذ من ماله إذا لم يرد، وللغرماء أخذه، إذا لم يكن فى أخذه ضرر على الميت، ولم يقل: إن ذلك الفضل للغرماء. واختلف فى جنايته بعد أن أسلم خدمته: لمن يكون خواجه؟ لسيده - وهو الأشبه - أو لأهل الجناية؟

وإذا كان الدين يغترقه، فترك أهل الدين [دينهم]^(١)، قيل: يعتق ثلثه؛ كمن مات ولا دين عليه، وقيل: الجناية أحق به؛ لأنها كانت استحقته كله.

وإن ولدت المدبرة، فجنت، فمات السيد مديوناً: بدئ بالجناية، فإن أحاطت برقبته: أسلمت وحدها، ويكون الدين فى ولدها، إن اغترقهم: يبعوا، أو بعضهم: يبيع البعض، وعتق ثلث الباقي، فإن اغترقت الجناية نصفها: يبيع نصفها فى الجناية، وفض الدين على نصفها وعلى الولد فيباع منهم بالحصص، ويعتق ثلث الباقي، فيعتق من ولدها أكثر مما عتق منها؛ لأن الجناية ملكت بها، فما رق منها للجناية، وبيع كأن الميت لم يتركه، ولم يمت إلا عما رق منها، وعن ولدها.

فرع: فى الكتاب: إذا جنى العبد، وعليه دين: فدينه فى ماله، وجنايته فى رقبته، يسلمه سيده أو يفديه.

فرع: قال: إن مات سيد المدبر، وعليه دين يغترقه، وعلى المدبر دين - يبيع فى

(١) سقط فى أ.

دين سيده واتبع هو بدين نفسه، ولغرماء السيد مؤاجرة المدبر فى دينهم إن أعدم السيد.

فإن جنى العبد على سيده فلا شىء عليه، وأما المدبر فيخدمه بالجناية: فإن مات، ولم يتبعها: عتق فى ثلثه، واتبع ببقية الجناية، أو عتق بعضه فى الثلث: اتبع بحصة ما عتق منه من بقيتها، ويسقط ما بقى.

وقال غيره: [لا يخدمه]^(١) السيد؛ لأنه مالك لرقبته، ولخدمته قبل الجناية. ولو فداه من أجنى: لم يتبعه بما فداه، ولو أسلمه لاتبعه المجروح بما بقى إن عتق فى الثلث.

فإن جنى على سيده، وعلى أجنى: اختدماه بقدر جنايتهما، قال سحنون: وهذه مثل الأولى.

فإن قَتَلَ مدبرٌ وحرًّا قتيلاً خطأ: فنصف الدية على عاقلة الحر، ونصفها فى خدمة المدبر.

فإن قتل المدبر رجلاً عمدًا، فعفا أولياؤه على أخذ خدمته: فذلك لهم إلا أن يفديها السيد بجميع الدية، وليس لهم العفو فى رقه؛ لأنه مدبر.

فإن جنى، فأعتقه سيده، وأراد حمل الجناية: لزمه، وإلا حلف ما أراد حملها، ثم ردت خدمته، وخير بين إسلامه وافتدائه مدبرًا، فإن أسلمه وللمدبر مال: أدبت منه الجناية وعتق، وإن لم يوف^(٢) ماله: أخذته، وأخدمه المجروح بما بقى وعتق، وإن لم يكن له مال: اختدمه، فإن استوفى والسيد أخدمه حتى^(٣): عتق، أو مات السيد قبل أن يستوفى، والثلث يحمل المدبر: عتق، واتبع ببقية الجناية، وإن لم يدع السيد غيره: عتق ثلثه، واتبع بثلثى الأرض، ورق باقيه للمجروح إن كانت قيمة ذلك مثل ما قابله من قيمة الأرض؛ لأن سيده أسلمه حين كان له الخيار، ولا خيار فيه للورثة؛ لأن المورث أسلمه.

وإن لم يحلف السيد أنه ما أراد حمل الجناية: عتق، وكانت الجناية على السيد، فإن لم يكن له مال رد عتقه، وأسلم يخدم المجروح، فإن أدى فى حياته: عتق، ولم

(١) فى أ: يستخدمه.

(٢) فى أ: يوقف.

(٣) فى أ: حر.

يلحقه دين استحدثه السيد بعد عتقه.

وإن لم يوفها حتى مات السيد، وقد استحدثت بعد عتقه دينًا يغترقه الغنى، وعتق ثلثه، واتبع بثلثي بقية الأرض، ثم إن باعه أخذ في ثلثيه بثلثي باقى الجناية: عتق، وإلا رق ثلثاه لأهل الجناية، إلا أن يكون فى ثمن ثلثيه فضل عن ثلثي باقى الجناية، فيباع من ثلثيه بقدر ثلثي باقى الجناية، وعتق الباقي، وإن كان للسيد مال يخرج من ثلثيه: عتق، واتبع بباقي الجناية، وإن كان دين السيد قبل العتق والجناية: فهو كمدير لم يعجل له عتق.

ولو أن عبدًا بين رجلين دبر أحدهما نصيبه، فرضى شريكه، وتماسك وجنى: خير الذى دبر فى إسلام خدمة نصف العبد، أو دفع نصف الجناية، وجناية العبد فى رقبته، [والخدمة خدمته]^(١)، وما جنى المدير فعقله^(٢) لسيدته بخلاف ماله، ومهر المدبرة كمالها هى أحق به - بعد موت السيد - من الوارث؛ لأنها استحلّت به. ويخير الذمى فى مديره الذى فى إسلامه عبدًا؛ لأنه لا يمنع بيعه كما لو أعتق عبدًا، ولم يخرج من يده، وإن فداه: بقى على تدبيره. وإن أسلم مديره، ثم جنى: خير فى إسلام خدمته، وفدائه فيؤاجر له، ولا يخدمه؛ لأن مديره الذمى إذا أسلم لزمه تدبيره، وأجرته عليه؛ لأنه حكم بين مسلم وذمى. وإذا أسلم مديره الذمى، ثم قتل، أو جرح: فعقله لسيدته.

فى التنبيهات: قال فى المدير يكون له مال: يبدأ بماله، وقال: إذا أعتقه، وحلف: ردت خدمته، وخير سيده. فإن أسلمه، وله مال: أخذ من المدير، فجعل تخيير السيد أولاً قيل: إنه مما يختلف فيه: هل يبدأ بمال المدير، ومن يعينه؟ فإن فقد: خير السيد، وهو ظاهر كتاب أول الجنایات فى الجانى يعتق.

قال: قال اللخمى: وهذا على الخلاف هلا يرجع إلى فداء السيد رقيقاً أحرأ؟ فعلى الأول: يبدأ بماله، وعلى الثانى: يبدأ بتخير السيد، وظاهر الكتاب: بطلان العتق، وهو كسوائه، وقد بطل التدبير بالجناية.

ومثله عن ابن كنانة فى العبد يجنى، ثم يعتقه سيده؛ فإنه يحلف ما أراد حمل

(١) سقط فى أ.

(٢) فى أ: فعقله.

الجناية، ويرد عتقه، ثم إن فداه: بقى له عبدًا، ووالاه عنده، إن كان للجناية عند العتق، وعن ابن القاسم: إن فداه: عتق؛ تنفيذًا لعقد التدبير.

قال التونسي: إنما ينبغى - على مذهب ابن القاسم - أن يخير السيد أولًا، فإن فداه لم يحلف، وإلا حلف.

قال ابن يونس: قال محمد: إن لم يكن للسيد مال: لم أستحلفه، وأسلمه للمجروح يخدمه؛ لعدم الفائدة في التحليف، ومتى رجع وسيده حتى: لا يضره الدين المستحدث، وإن لم يرجع حتى مات سيده: بطل عتق البتل، وعتق بالتدبير؛ فيكون الدين المستحدث أولى به، وتكون الجناية أولى به من الدين، إلا أن تكون فيه فضلة عن الدين والجرح؛ فيعتق من تلك الفضلة ثلثاه ويرق بقيتها.

وإن جنى المدبر صغيرًا لا كسب له قال محمد: لا شيء عليه ولا على سيده، حتى يبلغ العمل ويطيقه، فإن مات قبل ذلك: سقط حق المجروح، وكذلك المدبرة التي لا عمل عندها ولا صناعة.

فرع: في الكتاب: إن جنت أم الولد: لزم سيدها الأقل من الأرش، أو قيمتها أمة يوم الحكم، زادت قيمتها أو نقصت؛ لتعذر رقتها، وكذلك ما أفسدته بيدها، أو دابتها، أو بتسبيها، فإن كان الأقل أكثر من قيمتها: لم يتبع السيد بما زاد، ولا هي إن عتقت؛ لأنها لو كانت قنا وأسلمت: لم يكن عليها فضل الجناية، ويحاص أهل الجناية غرماء سيدها بذلك، وتقوم أمة بغير مالها؛ لتعلق الجناية برقبة الرقيق، وقيل: به؛ لأنه زائد^(١) في قيمتها، ولا يقوم ولدها معها، وإن ولدته بعد الجناية؛ لأنه رقيق آخر.

وإن قتلت رجلًا خطأ فلم ينظر فيه حتى قتلت آخر خطأ: فقيمتها بين أوليائهما^(٢) نصفين، وإن حكم في الأول بالأقل وجب للثاني الأقل - أيضًا - يأتيه يوم الحكم، وكذلك يفديها كلما جنت، إلا أن يتأخر الحكم حتى تجتمع جنایات: كل جناية مثل قيمتها فأكثر، فلا يقوم إلا قيمتها؛ لعدم الحكم المعين للأول شيئًا، كالعبد يجنى فيفتديه، ثم يجنى فيخير فيه ثانية بالفداء والإسلام، أو إن اجتمع عليه جنایات قبل

(١) في أ: رأى.

(٢) في أ: أولاهما.

أن يفديه: خير بين دفع قيمة ما جنى لكل واحد منهم أو يسلمه فَيَتَخَصَّصُ فيه بقدر جنائياتهم.

فإن جنت أقل من قيمتها، ثم على آخر أكثر من قيمتها: فعلى سيدها قيمتها لهما: يقتسمانها بقدر الجنائيتين.

فإن قام^(١) أحدهما، والآخر غائب: فله الأقل من أرشه، أو ما ينوبه في المحاصة مع الغائب من قيمتها الآن، ثم إن قام الآخر: فله الأقل من جنائيته، أو حصته من قيمتها يوم يقوم، وإن جنت، ولم يحكم عليها حتى جُنِيَ عليها ما أخذت له إن شاء، فعلى سيدها الأقل من أرش الجناية أو قيمتها معينة يوم الحكم فيها مع الأرش الذي أخذه فيها، وكذلك العبد يجنى، ثم يجنى عليه قبل الحكم: فيخيره في إسلامه مع ما أخذ من أرش أو يفديه، وهذا إذا أخذ في أرش أقل من دية ما جنى، فإن كان فيه وفاء بذلك أو أكثر: فلا خيار للسيد، ويؤدى من ذلك للمجنى عليه الأرش ويبقيان لسيدهما؛ جمعا بين المصالح.

وإن قتلت عمداً، فعفا الولي على قيمتها: لم يلزم السيد إلا أن يشاء؛ لأن جناية الرقيق لا تتعلق بالسيد، فإن أبى: فلهم القتل أو العفو، كالحري يعفى عنه على الدية، فيأبى.

وقال غيره: يلزم السيد غرم الأقل من القيمة، أو الأرش، وليست كالحري، بل كالعبد.

وإن عفا على أخذ رقبته: امتنع؛ لتعينها^(٢) للحرية، وإن رضى السيد، وكذلك المدبر.

وإن جنت، ولم يحكم فيها حتى ماتت: فلا شيء على السيد؛ لأن جنائيات الرقيق في رقابهم. [وإن جنت]^(٣)، ومات السيد، ولا مال له: فلا شيء على أم الولد. قال غيره: ذلك وإن قاموا على السيد حياً، فإن مات قبل قيامهم: فلا شيء عليه، وهو عليها؛ لأن الجناية عليها، وما جنى عليها: فعقله لسيدها، وكذلك المدبرة.

(١) في أ: قال.

(٢) في أ: لنفسها.

(٣) في أ: وإن تمت.

وإن اغتصب حرة فعليه صداقها، أو أمة، أو أم ولد، أو مكاتبة، ولم يتقصها ذلك: فلا شيء عليه إلا الحد؛ [لأنه يجري مجرى^(١)] الأموال لا يضمن إلا بالنقص، فإن نقص فذلك للسيد، وتحاص المكاتبة به في نجومها، ويقوم كل من عليه علة رق قيمة عبد.

وإن جنت على سيدها: فلا شيء عليها.

وإن ولدت من غير السيد بعد أن صارت أم ولد، فجنى الولد بأكثر من قيمته، أو أقل: خير السيد في فدائه، ويبقى على حاله، أو يسلم خدمته، فيختم بالأرث، فإن وفي رجع لسيده، وإن مات السيد قبل الوفاء: عتق تبعاً لأمه، وبقيّة الأرث عليه؛ لأنه الجاني، بخلاف أمه، وللمجنى عليه أخذ خدمة الولد حتى يتم حقه، إلا أن يفتكه السيد بدية الجناية. ويفدى الذمي أم ولده بالأقل، وله إسلامها رقاً؛ لأننا لا نمنعه بيعها، ويحل وطؤها للمسلم إليه وللمبتاعها.

وإن استدان أم الولد من تجارة [أذن لها فيها]^(٢): ففي ذمتها كالعبد.

وإن جنت أم الولد، فوطئها السيد، فحملت: فإن لم يعلم بالجنائية أدى الأقل من قيمتها يوم حملت أو الأرث، فإن لم يكن معه [مال أسلمت للمجنى عليه]^(٣) اتبع به، وإن علم قبل الوطء: لزمه جميع الأرث، وإن زاد على قيمتها؛ لأنه رضى، فإن لم يكن له مال: أسلمت للمجنى عليه، ولا شيء عليه في الولد؛ لأنه لا يسلم أمة بولدها.

والابن يوطأ جارية من تركة أبيه، وعلى الأب دين يغرّقها، فإن علم به، وبأدر الغرماء: لزمته قيمتها، فإن لم يكن له مال: يبعث لهم، وإن لم يعلم: اتبع بقيمتها في عدمه، وكانت له أم ولد. وقال غيره: هذا بخلاف وطء السيد، وعلى السيد إسلامها في عدمه، وإن لم يعلم بالجنائية؛ لأنه لو باعها ولم يعلم بالجنائية، وأعتقها المبتاع لم يكن له ذلك فوتاً. ولو باعها الورثة، ولم يعلموا بالدين، وأعتق المبتاع لم يرد العتق، وإنما لهم الثمن إن وجدوه، وإلا اتبعوا به من أخذه.

في التنبيهات: قوله: أو ماتت قبل سيدها، وقبل الحكم: لا يكون على السيد

(١) في أ: لأنه يجري مجرى.

(٢) في أ: أذن له منها.

(٣) سقط في أ.

شئ، لم يذكر ألقا مال أم لأبيه عليه، قال عبد الملك: إن كان لها^(١) مال، وهو عين: فللمجروح عقله منه، وإن قصر^(٢): لم يكن للمجروح غيره، وإن كان عرضاً: خير سيدها في افتكاكه بالأرث أو إسلامه.

وقوله: إن مات السيد فلا شئ على أم الولد، وقال غيره: إنما ذلك إن قاموا على السيد حيًا - لم يبين ما على السيد ههنا، وظاهر قوله: أن مذهبه إلزام السيد الأقل من قيمتها أو الأرث، وكذلك جاء مفسراً في سماع أصبغ.

وعن سحنون: لا شئ على ورثة السيد، ولا يكون لهم أن يفتكوها من مال السيد، ويكون ذلك عليه^(٣) يتبع بالأقل من قيمتها، أو أرث الجناية؛ فيتحصل ثلاثة أقوال:

عند ابن القاسم: ذلك على السيد.

وعند سحنون: عليها.

وعن ابن القاسم: لا شئ عليها، ولا على السيد إلا أن يكونوا قاموا عليه. في النكت: قيل: الأمة الجنائية إذا وطئها السيد عالماً بالجنائية، ولا مال له: أنها تسلم إن لم يكن فيها فضل، [ولا تبع]^(٤) بقدر الأرث أو الباقي بحساب أم الولد، على أحد الأقوال، ولا بد أن تستبرأ الأمة الجنائية وإن لم يظهر حمل، ولا يتهم^(٥) في الإقرار بالوطء، كانت وخشاً أم لا.

قال بعضهم: إن حملت فالقيمة إنما تكون يوم الحمل لا يوم الحكم؛ لأن فوتها بالحمل، وإن كان لها مال قومت بمالها عند ابن القاسم وغيره، بخلاف أم الولد الذي اختلف في تقويمها، والفرق: تعلق الجنائية برقبة هذه، ومالها، ووطؤها منع من رقبتها بالحمل وهو حادث، وأم الولد ممنوعة الرقبة؛ فاحتيج في قيمتها لمالها. وإذا وطئ الأمة عالماً، وسلمها: لا شئ عليه في الولد، والابن يطأ من تركه أبيه يلزمه قيمة الولد؛ لأن الأمة الجنائية لا تسلم بولدها، وإن حدث بعد الجنائية، وفي

(١) في أ: له.

(٢) في أ: قصد.

(٣) في أ: عليها.

(٤) في أ: ولا بيع.

(٥) في أ: يفهم.

الدين: تباع مع ولدها، وألزم الواطئ عالمًا، الأرض، ولم يحلف أنه لم يقصد التزام^(١) الأرض، كما إذا أعتق عبدًا بعد الجناية؛ لأنه في العتق يحتج بأن يقول أردت أن يتبع هو بالأرض في ذمته، ولا حجة له في الحمل، وواطئ الأمة من تركه أبيه إنما يلزمه الأقل من قيمتها أو الدين، وإن وطئها عالمًا بالدين: لا يلزمه الدين كله، فما يلزمه الأرض كله في الجناية إذا علم بجنابتها؛ لأن الدين لا يتعلق بعينها خاصة، وإنما الحكم: أن تباع فيه: فإن كان [ثمنها]^(٢) أقل، فهو الذي أتلّف على الغرماء، وإن كان دينهم أقل فلا حجة لهم، والجناية متعلقة بالرقبة، ولو هلكت الرقبة بطلت الجناية.

قال التونسي: في الموازية: إذا جنت أم الولد: يفديها بالجناية كلها، أو يسلمها، قال: وهو صواب؛ لأنه إذا قدر على إسلامها لم يفدها إلا بالجناية كلها، كالعبد، والأحسن: تقويم أم الولد بحالها؛ لأنها لو كانت أمة أسلمها بمالها فكذا يجب أن يفديها، وفي الكتاب خلافه؛ ولذلك إذا ولدت [من غير سيدها]^(٣): يسلم الولد معها؛ لأن الجناية متعلقة بعينها، وهو من نمائها؛ فيكون للمجنى عليه، كما لو هلكت كان ضمانها منه. وكذلك إن اعتلت علة بعد الجناية: أسلمها معها. وإذا مات ولا مال له: فلا شيء عليه ولا عليها، وقال غيره: ذلك عليها؛ لأنها الجانية. وفي الموازية: إن ترك السيد مالا: أخذت الجناية من ماله، وقد يقال: لا شيء على السيد إن ترك مالا؛ لأنه إنما بطلت بقيمتها يوم يقام عليه وله مال، والتركة ملك غيره بالإرث، إلا أن يقال: الجناية متعلقة بذمته.

وإن جنى عليها، أو مات السيد قبل قبضه: فقليل: ذلك لها، وقيل: لسيدها، وهو الأصوب. وإن جنت الأمة، فباعها سيدها، ولم يعلم، فأولدها المشتري - فإن افتكها السيد تم البيع، وإن لم يفدها البائع: فداها المشتري بالأقل من قيمتها أو دية الجناية، ويرجع على البائع بالثمن، إلا ما يقع على المشتري من قيمة الولد، يفض الثمن على قيمة الولد والأم، كأنه اشتراهما معًا، ورجع على البائع بحصة الأم، قال: وفيه نظر؛ لأنه لم يكن معها وقت البيع.

(١) في أ: لم يلزم بقصد التزام.

(٢) سقط في ط.

(٣) في أ: من غيرها.

قال ابن سحنون: إن جنت أم الولد على رجلين موضحة، فقام أحدهما، فأسلم إليه سيدها قيمتها، ولم يعلم بالآخر، وكانت قيمتها يومئذ مثل أرش الموضحة سواء، فلم يقيم الثاني حتى جرح ثالثاً موضحة، ثم قام هو والثاني: رجع السيد على الأول بخمسة وعشرين؛ لأنه إنما كان له يوم قام نصف الجناية، ثم ينظر إلى قيمتها اليوم: فإن كانت ستين: فقد جنى على الثالث، فعتقها المفتك، وهو فارغ، والنصف الآخر، وهو مرتين بجناية الثاني، فنصف موضحة في النصف الفارغ يفتكه السيد بخمسة وعشرين؛ لأن نصف جنايته أقل من نصف قيمتها الآن، والنصف الثاني بينه وبين الثاني على ما بقى لهما، والباقي في جنايته، وللثاني في جميع جنايته، فيقتسمان نصف قيمتها ثلاثاً وثلاثين: فالثالث: ثلاثة عشر، وللثاني: الباقي.

وعن ابن القاسم: إن قام الثاني أو الثالث رجع بنصف ما أعطى الأول، ويعطى هذين إن شاء دية جرحهما [كاملاً]^(١)، أو قيمتها الآن؛ فتكون بينهما نصفين. وأنكر سحنون قوله: نصفين، وقوله: دية جرحهما كاملاً.

وإن جنى على أم الولد، فأعتقها قبل أخذ الأرش، قال محمد: هو لها كمالها. وقال أشهب: للسيد؛ لأنه استحقه قبل العتق. وأما العبد يعتقه، أو يهبه بعد علمه بالجرح: فلسيده، وإن لم يسلمه، بخلاف ماله. وقال أشهب في أم الولد الذمى: لا يفديها إلا بجميع الأرش، فإن جنت، فأسلمت قبل الحكم قال ابن حبيب: يفديها، وتعتق عليه، أو يسلمها؛ لأنها مرتبهة بالجناية قبل أن تسلم، فإن أسلمها، وفي ثمنها فضل: بيع منها للجناية، وعتق الباقي، وإن كانت كفافاً، أو أقل من الجناية: رقت للمجنى عليه، فإن أسلمت، ثم جنت قبل أن يحكم بعتقها: عتقت، وعلى السيد الأقل من جنايتها أو قيمتها، كأما ولد المسلم؛ لأنه لم يكن يقدر على بيعها، ولا إسلامها، ولو ماتت قبل الحكم بعتقها لورثتها بالرق، وإن قتلت: أخذ قيمتها قيمة أمة، وإن أسلم: فهو أحق بها، وإن جنى عليها فالأرش لسيدها في القياس، والاستحسان: أن يكون لها إن لم يسلم سيدها، ويعرفه ابن حبيب مرة بالجناية قبل الإسلام، أو بعده استحسان، والقياس: عدم الفرق؛ لأن إسلامها ليس بعتق، ولأن

(١) سقط في ط.

الجنائية إنما تستحق يوم الحكم، وقد صادفها ذلك قبل العتق؛ فوجب على السيد الأقل من قيمتها أو الأرش، ولم يكن له أن يسلمها؛ لأنها بالإسلام صار لها حكم أم الولد المسلم؛ لأنه حكم بين مسلم وذمى.

وعن ابن القاسم: إن أسلمت، ثم جنت قبل أن تعتق عليه: اتبعت بالجنائية دون سيدها، ولا يجتمع أنها تعتق عليه، ويغرم.

قال اللخمي: إن قتلت أم الولد خطأ، أربعة أقوال:

قال مالك: يفديها بالأقل من الجنائية، أو قيمتها يوم الحكم.

وقال المغيرة: الأقل من الجنائية أو القيمة يوم جنت.

وقال ابن عبد الحكم: لا شيء عليه، بل فى ذمتها.

وقال ابن الجهم: يخير السيد بين أرش الجنائية، أو يسلم ما بقى له فيها من الخدمة، فيستخدمها، أو يؤجرها، ولا يلحقه من جنايتها أكثر مما يملك، فإن وفّت: رجعت إليه، وإن مات: عتقت، واتبعت بالباقي.

قال: وهو أبين كالمدبرة، بل أم الولد أقوى حرية، فإذا لم تلزمه قيمة المدبرة فأولى هنا.

وإذا جنت، ثم جنت قبل الفداء قيل: إن كانت قيمتها مثل أقل الجنائيتين فإنها تكون بينهما بالسواء؛ لأنه لو انفرد أحدهما أخذ جميعها، فلا عبرة بالأكثر، بخلاف المفلس يكون ماله أقل الدينين؛ لأن تلك معاملات تؤثر فيها فى يديه بالقلة والكثرة بحسب ما تسلم، وله ذمة تتبع. وإن استوت الجنائيات، وقام أحدهما أولاً: فله الأقل من جنايتها، أو نصف قيمتها يوم الحكم له، فإن قام الأول، ولم يعلم بالثانى، فافتداه منه السيد، ثم قام الثانى: نظر ما ينوب الأول فى الحصاص لو علم بالثانى، فترك، وانتزع منه السيد الفضل، ثم دفع للثانى الأقل من جنايته، أو نصف قيمتها اليوم. وإن علم بالجنائيتين، فافتدى من الأول دون الثانى حتى جنت على ثالث: فالجنائية الثالثة تفرض على نصف لا جنائية فيه، ونصف فيه جنائية. وإذا جنت الأمة، ثم أولدها سيدها: يختلف فيها فى أربعة مواضع:

إذا كان غير عالم موسراً: هل القيمة يوم الحكم أو يوم الحمل؟

وإن كان معسراً غير عالم: هل تمضى أم ولد أو يأخذها المجنى عليه؟

وإن كان عالمًا موسراً: هل تعد لإصابته رضا، فيحمل الجنائية أم لا؟

[وإن كان معسرًا، أو كان له أن يأخذها: هل يتبعه بقيمة الولد أم لا؟] (١) قال ابن القاسم في الأول: القيمة يوم الحكم، وفي الثاني: تمضى له أم ولد بالأقل من قيمتها، أو قيمة الجناية، كالمحبل أمة من تركه أبيه.

وفي الموازية: إن كان عالمًا موسرًا: فهو رضا بحمل الجناية، وهذا إذا علم الجناية، وما يوجب الحكم أنه يمنع منها، إلا أن يتحملها، فإن جهلها: حلف أنه جهل الحكم.

وفي الموازية: إذا حملت بعد الجناية: أسلم ولدها معها، فعلى هذا: إذا كان عالمًا فقيرًا، وأسلمت الأمة: اتبع بقيمة الولد.

فرع: في الكتاب: جناية العبيد بينهم كالأحرار: نفس العبد بنفسه، وجرحه بجرحه، ويخير سيد المجروح في المجروح في القود، وأخذ العقل، إلا أن يسلم إليه الجاني؛ لأن العبد فيما جنى المجروح.

وإن قال سيد المجروح لا أقتص بل آخذ الجارح إلا أن يفديه سيده بالأرش؛ [وقال سيد الجارح: إما أن تقتص أو تنزع - فالقول لسيد المجروح، وكذلك في القتل] (٢) لأنه المستحق.

وإن مات الجاني قبل تخير السيد: بطلت الجناية؛ لأنه إنما تلزمه القيمة يوم الحكم، ولا قيمة للميت، وإن كان للجاني مال: فهو مع رقبته في جنايته، أو يفديه سيده بالعقل، وللرجل أن يقتص من عبده لعبده في النفس والجرح، ولا يكون ذلك إلا عند الإمام بالبينة.

وإن جرح عبدًا أو قذف، فادعى سيده عتقه قبل ذلك: لم يصدق، وأرشه أرش عبد يكون للعبد دون سيده؛ لإقراره بحريته.

وإن جرح السيد عبده، أو قذفه، فثبت أنه أعتقه قبل ذلك: فلا شيء عليه، إلا أن يحكم عليه بالعتق، وحكمه حكم الحر مع الأجنبي دون السيد؛ استصحابًا للشبهة.

وقال غيره: إن جحد السيد العتق، وثبت ببينة: فله حكم الحر، له وعليه، مع

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

السيد، وغيره.

قال التونسي: إن جرح عبيدين: ليس له أن يسلم بعضه، ويفدى بعضه، إلا أن يكون لهما سيدان؛ فله الفداء من أحدهما، والإسلام للآخر.

وإن جنى عبدان على عبد: فإنه يسلم أحدهما بنصف الجناية - إن شاء - ويفتدى الآخر، ولا ينظر لقيمة الجارحين، بل قيمة العبد المقتول أو الجرح.

وفى الموازية: إن قتل عبد بينهما أجنبياً، ثم قتل آخر سيده، خير ورثة المقتول فى إسلام نصفهم بجنائيه، أو اقتدوه بنصف الجناية؛ لأن هذا النصف جنى على سيده، وأجنبى، وعلى السيد يطرح لا يحاص به؛ كما لو قطع يد أجنبى، ثم قطع يد سيده، فخير السيد فى إسلامه فى الجناية كلها، ولا يحاص الأجنبى، أو يفديه، فإن أسلم النصف للأجنبى، قيل للمجنى عليه: نصفك جنى على الأجنبى نصف جناية، وعلى شريكك نصف جناية، فإن أسلمته فهو بينهما نصفان، أو يفديه، فإن أسلمه النصف للأجنبى صار ثلاثة أرباعه للآخر، وربعه لورثة الشريك.

وإن جرح عبدك أحدهما، قيل لغير المجروح: إما أن تسلم نصيبك كله، أو تفديه بنصف دية الجرح.

فإن جنى عبدان على رجل، ثم قتل أحدهما الآخر، وسيدهما واحد: خير فى فداء الباقي بالجناية كلها، وذلك دية حر، أو فدائه بنصف دية حر، وقيمة الغلام ما كانت؛ لأن فى رقبة كل واحد منهما نصف دية الحر، يفديه سيده أو يسلمه.

وإن قطع عبد يد حر، ثم يد سيده، ثم يده، ثم جنى آخر على العبد، فقطع يده - قيل: أرش يد العبد للأول، ثم يضرب مع الثانى بجميع دية يده، ولا يحاسب الأول بما أخذ من قيمة العبد، وقيل: الأرض بينهما على قدر جراحهما، كرقبته.

وقال أشهب: نصفه للسيد، ونصفه للأول، قال محمد: هذا ضعيف، بل يكون للأول؛ لأنه جنى عليه بعد استحقاق الأول رقبته. فينظر ما هو، فيحط من جرح الأول، فإن كان ثلث جرحه سقط^(١) ثلث جرح الأول، أو ضرب بثلثى دية جرحه فى رقبة العبد، وضرب للثانى بدية جرحه كلها؛ لأن الجناية على الثانى بعد أن قطعت يده، فلا شيء له من قيمة العبد، والأول أخذ بعض دية يده؛ إذ هو أحق

(١) فى ط: فقط.

برقبة العبد؛ فوجب أن يحط بالذى أخذ من جنايته؛ فلهذا ضرب في رقبة العبد ببقية جنايته، ويضرب للثاني بجنايته كلها.

وإن جنى العبد بعد قطع يده على ثالث، فقطع يده: يحسب ما نقص العبد بجنايته، كأنه استوفاه، وتبقى له بقية جنايته يضرب بها مع الثاني بجميع [جناية] الثاني، مثل: أن تكون اليد من العبد لثله، فيسقط في جناية الأول لثتها، فيبقى له ثلثان سهمان، وجناية الثاني ثلاثة أسهم، فإن كانت الجنايتان مستويتين: فهو بينهما على خمسة أسهم.

فإن جرح عبد عبدًا موضحة، فجرحه المجروح أيضًا موضحة - فلا قود بينهما، ولا يخير السيدان. فإن اختلفت قيمة رقابهما: خير سيد الدنى في فدائه^(١) بما فضل من موضحة الرفيع، أو يسلمه.

وقال محمد: يخير سيد الجراح الأول أن يسلمه أو يفديه، فإن أسلمه كان للعبد الجراح الآخر؛ فلا غرم ولا شيء لسيد الجراح الأول^(٢)؛ لأن عبده إنما جرح بعد أن صار مرتهنًا بجرح الأول؛ فصار ما يحدث له وفيه مرتهنًا يسلم في ذلك بماله من دية جرح ومال، ليس للجراح الآخر أن يبطل ذلك عن سيده، ولا أن يفتدى لنفسه. وإن فدى غيره الجراح الأول، وطلب جرح عبده، قيل لسيده: افده، أو أسلمه.

فإن اصطدم عبدان، فماتا: تساقطا، وإن اختلفت أثمانهما إلا أن يكون لهما أموال؛ فيكون مثل الجراح حيثئذ.

وإن جرح العبد، وقال السيد: أعتقته قبل، ولم يصدق، وقال الجراح: أمكنه من القصاص - فذلك له، ولا يلزمه ما نقص العبد؛ لإقرار السيد أنه حر. وإن كان خطأ أقل من الثلث: فعليه الأقل من ديته حرًا، وما نقص من قيمته، وإن بلغ^(٣) الثلث: لا يتبع بالجناية؛ لأنه يصدق سيده فلا يلزمه ولا العاقلة؛ لأن قول السيد لا يلزم العاقلة.

وإن كانت الجناية بينه وبين السيد وثبتت، وقد اغتله: فلا يرجع العبد بالغلة،

(١) في أ: فداء.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ط: بلغت.

عند ابن القاسم، ولا بأرش الجرح، ولا صداق المثل إن وطئها، ولا بما نقصها. وقيل: يرجع بالكل، غير أنه لا يجب، وكذلك قال ابن القاسم: وإن اشتراه فثبتت حرته: لم يرجع بالغلة، وإن هلك: لم يضمن ثمنًا، أو استحققت أنها حرة: لا صداق لها، وخالفه المغيرة، وهو القياس. قال اللخمي: إن جرح العبد رجلًا، فقال السيد: أعتقته قبل، وكذبهما المجروح، وللعبد مال: أخذ منه دية الجرح، وإلا خير السيد بين فدائه، أو إسلامه، فإن فداه: عتق عليه بإقراره، وإلا أخذه المجروح رقيقًا، وإن صدقهما: اقتصر، أو يخير على دية الجرح، ويتبعه في الذمة. وإن صدق السيد، وقال العبد: أنا عبد - امتنع القصاص، وله دية الجرح من [العبد]^(١) لأن السيد لا يمكن من جرح العبد.

وإن قال العبد: أعتقني سيدي، وصدقه المجروح، وكذبه السيد - قدم السيد؛ صونًا لماله، وخير بين الفداء بدية الجرح، ويبقى في يده عبداً، أو يسلمه، فيقتصر منه ويكون حرًا.

فرع: في الكتاب: إن أقر العبد بما يلزمه في جسده قتل، بخلاف المال، وقد تقدم في الحدود بسط هذا الفرع.

فرع: قال: إن جنى المكاتب، وأدى جميع العقل: بقى على كتابته، وإلا عجز، وخير سيده في فدائه وإسلامه، وعجزه عن الأرض من قبل القضاء وبعده سواء. وإن قوى على الحال من الكتابة دون حال الأرض: فقد عجز، ولا ينجم عليه الأرض، كقيم المتلفات، بخلاف العاقلة؛ لأنها غير^(٢) جانية، فإن عجز عن الأرض، وأداه السيد: فقد عجز.

وإن جنى على سيده، فلم يعجل له الأرض: عجز^(٣)، والأرض أقوى؛ لتحقيق سببه، والكتابة لطف بالعبد لا معاوضه محققة. وله دفع أم ولده في جنايته إن خاف العجز، كييعها في عجزه.

وإن صالحه أولياء جناية العبد على مائة، فلم يؤدها حتى عجز: فإن ثبتت خير

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: عين.

(٣) في أ: عجل.

فى إسلامه وافتدائه بالأقل من المائة، أوقيمة الأرض.
 وإن أقر بقتل، فصولح على مال: امتنع قتله فى العمد؛ لإقراره، فإن لم يقتصوا:
 لم يكن لهم فى ماله شيء ولا فى رقبته إن عجز.
 وإن أقر بقتل خطأ: لم يلزمه شيء عجز أو عتق؛ لأنه مال لا يلزم، أو بدين لزم
 ذمته: عتق، أو رق.

وإن قتل رجلاً عمدًا له وليان، فعفا أحدهما: فإن أدى المكاتب للآخر نصف
 الدية، وإلا عجز، وخير سيده فى إسلام نصفه، أو افتدائه بنصف الدية، ولا شيء
 للعافى إلا أن يزعم أنه على الدية [ويهدف إلى ذلك]^(١)، وإلا فلا يقبل قوله.
 وإن جنى، ثم عتق بالأداء قبل القيام عليه: فلا عتق له، إلا أن يؤدى الجناية
 حالة، وإلا رق، وخير سيده فى فدائه، أو يسلمه، ويؤدى معه ما اقتضى من نجم
 بعد الجناية؛ لأن الخروج من الرق فرع الخروج من الجناية؛ لقوة سببها، وتعلقها
 بالرقبة.

وإن مات، وعليه دين، وجناية خطأ: فما له للدين؛ لأن الجناية فى رقبته، فإن
 فضل شيء، فهو لأهل الجناية، وإن لم يكن دين: فالمال للجناية دون السيد، إلا أن
 يدفع الأرض، والعبد مثله، وإن لم يترك مالا: بطل الدين.
 وإن حدث للمكاتب ولد فى الكتابة لم يلزم الولد دين، ولزمته الجناية فى حياة
 الأب إن عجز الأب؛ ليخلص نفسه من الرق؛ لأنه تبع لأبيه، فإن لم يؤدها عجز.
 قال غيره: وكذلك الدين إذا لم يؤده الولد عجز؛ إذ لا تؤدى كتابة قبل دين، وإلا
 فإن عجز أسلم السيد الجانى وحده، أو فداه، والدين باقٍ فى ذمته.
 قال غيره: وإن أدى الولد الدين، والجناية وعتقا: لم يرجع على أبيه بشيء؛ لأنه
 خلص نفسه.

قال ابن القاسم: إن مات الأب قبل القيام عليه، ولم يترك مالا: بطلت الجناية
 والدين ولم يلزم الولد، وهو عديم، إنما كان للأب معونة مال الولد فى خوف
 العجز فى حياته، فإن طوّل الأب، وهو عديم، فاختر الولد أداءها، وتمادى على
 الكتابة، فلم يؤدها حتى مات الأب: لزمته.

(١) فى أ: ويستدى وإلا فلا.

وإن مات مكاتب مديونًا، وترك عبدًا قد جنى قبل موته، أو بعده: فالجناية أولى بالعبد؛ لتعلقها برقبته، إلا أن يفتكه الغرماء بالأرث، وكذلك عبد الحر المديان ومن جنى مالا تحمله العاقلة، وعليه دين وليس له إلا عبد اشترك فيه الجناية، والدين؛ للزومهما في الذمة.

في التنبيهات: قوله: أرش الجناية حال، معناه: إذا كانت قتل نفس، فالدية حالة، بخلاف الحر. وقيل في العبد يفديه سيده في قتل الخطأ بالدية: أنها تنجم عليه، ويلزم ذلك في المكاتب إن عجز عنها حالة وفداه سيده تنجم على السيد، وإن لم تنجم على المكاتب؛ لأن في تنجيمها على المكاتب والعبد إضرار السيد؛ إذ لا يمكن أن يؤدي إليه من الكتابة شيئًا حتى يؤدي الجناية، وتأخير الكتابة ثلاث سنين ضرر.

قال ابن يونس: قيل: إن أدى عنه سيده الأرث على ألا يرجع عليه بما أدى، بقي على حاله مكاتبًا؛ لأن الجناية سقطت. وعلى أن يتبعه: فعلى مذهب من يرى أنه يعجز عبده عن^(١). الكتابة: يرجع له العبد رقبًا.

وإن باع أم ولده من غير خوف العجز، فعلى القول بأنها أم ولد إذا عتق قيل: ينبغي أن يرد البيع إلا [أن يقوت]^(٢). بعقد حرية، فيمضى ذلك فيها؛ لأن غايتها العتق، وقد حصل، وعلى القول بأنها لا تكون أم ولد: لا يرد البيع.

قال أشهب: عجز المكاتب عن دينه - كعجزه عن الأرث - يبطل^(٣) الكتابة، ويتبع بذلك في ذمته. وخالفه محمد؛ لأن العبد المدين العاجز عن الدين يصح أن يكاتب [عبده]^(٤)، ولا تصح مكاتبته، وفي عنقه^(٥) جناية وإن قُلت، فقد قال مالك: إن أدى كتابته، فقام غرامؤه لطلب ما أدى: لا سبيل لهم عليه إلا أن يكون المأخوذ من أموالهم.

قال التونسي: اختلف في ولدها يولد بعد الجناية: هل يسلم معها أم لا؟ قال:

(١) في ط: على.

(٢) في ط: إلا يقوت.

(٣) في أ: بطل.

(٤) سقط في ط.

(٥) في أ: عتق.

فإن قيل: إذا جنى ولد في الكتابة، وهم ليسوا حملاء بالدين - فيؤدى الدين هو من خراجه، ويؤدون هم الكتابة التي هم حملوها، ويبقى عليه الدين في ذمته، فإن أداها من خراجه، وإلا اتبع به.

قيل: يلزم إذا لم يقدر على أداء الجناية التي جناها هو إذا عجز عنها، لا يؤدون معه؛ لأنهم إنما تحملوا الكتابة، فسلم هو في الجناية، ويحط عنهم ما ينوبه من الكتابة، ويؤدون البقية أو الكتابة كلها إن تعذر إسلامها^(١) بموته، ويعتقون، قال: وفيه نظر.

فإن جنى أحد المكاتبين على أجنبي، فأدى الجناية: بقى على الكتابة، فإن أداها عتق، ولا تراجع بينهما، أو أداها الآخر لعجز الجاني، ثم أداها الكتابة: رجع على الجاني بما أدى عنه إلا أن يكون ممن يعتق عليه؛ فلا يرجع عند ابن القاسم، ويرجع عند أشهب؛ كما لو أدى عنه دين.

فإن كانوا أخوين، وأجنبيًا، فجنى أحدهما على الأجنبي، فأدى الجناية وهو يقوى على الكتابة - لم يرجع بعضهم على بعض. وإن أداها أخوه وأدوا الكتابة: فلا رجوع عند ابن القاسم؛ لأنه فك رقبته من الرق. أو أدى الأجنبي: رجع على الجاني. فإن أدوا الكتابة، وعتقوا، فأيسر غير الجاني: رجع عليه بنصف الجناية؛ لأنه يجب أن يشاركه لتساويهما في الحماله. فإن أيسر الجاني بعد ذلك: رجعا عليه بالجناية، ويرجع الآخر ههنا وهو ممن يعتق عليه؛ لأن عدم الأخ وقع بعد عتق الجاني. فإن أيسرا معًا، والجاني عديم، فأدى الجناية: رجع الأجنبي دون الأخ؛ لأن؛ بالأداء فك رقبته، ولا رجوع لأجنبي بعد العتق؛ لتساويهما في الغرم. قال: ويلزم على هذا: لو لم يجن أحدهم، وأدى الأجنبي الكتابة لعجزه عنها، ثم وجد أحد الأخوين موسرًا - أخذ منه قدر ما أدى عنه.

وإن قتل مكاتب مكاتبًا معه في الكتابة: غرم قيمته، فإن وفى الكتابة عتق بها الجاني، والفاضل للسيد، ويرجع السيد على الجاني بقدر ما عتق منه من القيمة، كانا أجنبيين أو قريبيين؛ لأنه وإن كان أخوه فلا يرث من القيمة؛ لأنها كدية العمد لا يرث القاتل إذا عفا عنه، ولا من المال. وإن كان القتل خطأ: أخذ القاتل بقية ماله إن

(١) في ط: إسلامه.

كان يرث، وغرم قيمته، واتبعه السيد بقدر ما عتق. قال ابن القاسم: يغرم الأخ قيمة المقتول، فإن كانت مائة، وبقيّة الكتابة مائة، وترك المقتول مائة - أدى القيمة، فيعتق بها، ويرجع عليه السيد بخمسين إن تساوى في الأداء، وأخذ الأخ مائة تركة المقتول، وإن كان القتل خطأ؛ لأنه يرث من ماله لا من دينه، فجملة غرم القاتل عند ابن القاسم خمسون.

وقال عبد الملك: يؤدي بقية الكتابة من القيمة التي غرمها الجاني ومن ماله، فيؤخذ من القيمة خمسون، ومن التركة خمسون، يدفع في الكتابة، ثم يرجع السيد عليه بالذي عتق به من القيمة وهو خمسة وعشرون، ويأخذ السيد الخمسين الباقية من القيمة، ويأخذ المكاتب الخمسين الباقية من مال المقتول: يغرم على هذا خمسة وسبعين، فإن كان القتل عمداً لم يرث من المال.

فإن كان معهما أخ ثالث، والقتل خطأ، فغرم قيمته، ووفت الكتابة - [عتقوا]^(١)، ورجع الأخ عليه بقدر ما عتق به من القيمة، فكان ما ترك المقتول بينهما إن كان القتل خطأ، وإن كان عمداً: فذلك للذي لم يقتل، فإن كان القاتل عديماً، وليس معهما أخ ثالث: رق إن كان القتل عمداً، وإلا عتق فيما ترك وكأنه أداه من عنده، ورجع عليه السيد بقدر ما عتق به منه.

فإن كان معهما أخ ثالث، والجاني عديم، وترك المقتول مالا: فلا ينبغي أن يعتق القاتل بمال المقتول إن كان القتل عمداً، ويعتق به الأخ الذي لم يجن، ويرق القاتل، فإذا أن يدفعه سيده لأخيه يباع عليه ولا يعتق عليه، أو يقدم بقيمة المقتول، فيكون عبداً للسيد.

قال اللخمي: إذا جنى المكاتب، وأدى الجنابة بما في يده، وبقي ما يرجي أن يسعى فيه - أرى: أن يسعى حتى يؤدي الكتابة، ولا يكون له تعجيز نفسه، وكذلك إن بقي ما إن تلوم له رجي له القدرة على السعي، وإن لم يرج له ذلك: عجز، وخير سيده. ولا أرى أن يمكن من تعجيز نفسه إلا بعد كشف السلطان لما عنده. وإن لم ينظر قوته من ضعفه حتى أدى الجنابة، ثم بين أنه كان غير قادر على الجميع: مضى فعله؛ لأن السيد لا يختار إلا بقاءه من غير غرم عليه، وحيث يرد السيد ما أخذ من

(١) سقط في ط.

الكتابة إن كان من غير خراجه، فإن كان من خراجه: فمن قال: هو مملوك للمجنى عليه من يوم جنى، أسلم خراجه. ومن قال: غير مملوك، لم يسلمه، وإطلاق الكتاب يصح على أحد القولين.

وإن جنى على المكاتب: أخذ السيد الأرض، وليس للمكاتب أخذه ليتجر فيه؛ لأنه ثمن رقبته، فإن كانت الجناية كفاف الكتابة: كان حرًا، أو إن كان فيها فضل: أخذه المكاتب؛ لأنه ليس عليه إلا الكتابة، أو أقل من الكتابة: حاسبه به من آخر نجم، فإن عجز عن أول نجم لم يكن عليه أن يؤدي ذلك له. فإن قتل، وفى القيمة فضل عن الكتابة، ومعه ولد فى الكتابة: فهو له، وإن لم يف بالكتابة: حاسب السيد بها الولد من آخر النجوم.

وإذا قتل قوم عبدًا: لا كتابة فيه؛ لأن الكتابة، والتدبير، والعق إلى أجل، أو معتق بعضه: سقط حكمها مع القتل، إلا أن تكون قيمته مكاتبًا أكثر؛ لأنه قادر على بيعه مكاتبًا.

فإن شج موضحة: فنصف عشر قيمته مكاتبًا الآن؛ لأن جرحه لا يبطل حكم الكتابة، فإن لم يكن للجرح تسمية: قوم ما نقصه.

فرع: فى الكتاب: إن قتل مكاتبه عمدًا أو خطأ ومعه ولد: قاصوا السيد بقيمته فى آخر نجومهم، ويسعون فيما بقى، فإن وفى ذلك بالكتابة: عتقوا، أو فضل: أخذوه بالميراث، كاتب عليهم أو حدثوا فى الكتابة، وكذلك إن قتله أجنبى، فأخذ السيد قيمته: قاصص بها كما تقدم.

فإن شجه السيد موضحة: قاصه السيد فى آخر نجومه بنصف عشر قيمته مكاتبًا على حاله فى أدائه، أو قوّته، أو جرحه: احتسب له بذلك آخر كتابته، وكذلك المكاتبه تلد فى كتابتها ولدًا، فيقتله السيد: يغرم قيمته، فإن وفى الكتابة: عتقت، أو فضل: أخذت الأم منه ميراثها.

وإن قتل المكاتب، ومعه أخوه، أو أبوه، أو ولده، فعجل السيد قيمته: حسبت من آخر النجوم؛ لاحتمال العجز، فإن وفّت: عتقوا فيها، ولا تراجع بينهم، أو فضل: فللورثة الذين معه فى الكتابة ميراثًا، وكذلك [إن كان]^(١) السيد هو الجانى،

(١) سقط فى أ.

ولا شيء لغرماء المكاتب، أو العبد من قيمتهما، قتلها أجنبي أو السيد، ولا في شيء من قبل رقبتهما من جرح أو غيره، كما لا يدخلون في ثمن العبد إن بيع، والدين باق في ذمتهم.

وعلى قاتل المكاتب قيمته عبدًا مكاتبًا في قوة مثله، على الأداء وضعفه، ولا ينظر إلى قلة ما بقي عليه أو كثيره؛ لأن يسير الباقي يرق مع العجز. وإن كاتب عبده، وأمه زوجين في كتابة، فحدث لهما ولد، فجنى على الولد ما قيمته أكثر من الكتابة - فللسيد تعجيل الكتابة، ويعتقون، والفاضل للولد، ولا يرجع على الورثة؛ لأنه قد افتك رقابهما^(١)، وأما ما اكتسبه الابن فهو له، وعليه أن يسعى معهم، ويؤدى في الكتابة على قدر قوته، ولا يأخذ الأبوان ماله إلا أن يخافا العجز، وكذلك إن كان للأبوين مال، وخاف الولد العجز؛ لأن الكتابة حمالة بينهم.

وإن جنى عبد المكاتب: فله إسلامه، وفداؤه، على وجه النظر. وإن قتل المكاتب عبده: فللسيد أن يقتص منه في النفس والجرح بأمر الإمام، فإن كان معه في كتابته ولد فله مثل ما للسيد في النفع بماله، فإن اجتمعا على القصاص قتلا، ومن أبى فلا قتل للثاني، كعفو أحد الوليين، فإن صار العبد للولد بالأداء، أو للسيد بالعجز: لم يكن للعافي القتل إن صار إليه، وإن صار لمن^(٢). أراد القتل منهما من ولد، أو سيد: فله القتل.

وإن قتل المكاتب رجلاً، فعفا الولي على استرقاقه: بطل القتل، وعادت كالخطأ، وقيل للمكاتب: ادفع إليهم الدية حالة، فإن عجز عن ذلك: خير السيد في إسلامه، وفدائه بالدية، وكذلك العبد إذا قتل رجلاً عمدًا، فعفا عنه الولي على أن يكون له: خير سيده.

فإن جنى مكاتب على عبد للسيد، أو مكاتب آخر لسيده معه في كتابته، أم لا: عجل قيمته للسيد، فإن عجز: رجع رقيقًا، وسقط ذلك عنه، وكذلك ما استهلكه له؛ لأنه أحرز ماله، بخلاف العبد يجنى على السيد؛ لأن العبد لا يضمن لسيده ما

(١) في ط: أرقابهما.

(٢) في أ: لم.

استهلكه.

فى التنبيهات: فى تقويم المكاتب مكاتبًا - كما تقدم - أو عبدًا، قولان: قال سحنون: بل عبد، وذكره فى الكتاب حالة وهبه، معناه: إن كانت فى يده صناعة يكون بها ماهرًا أو تاجرًا.

فى النكت: قال أشهب: إن قتل السيد ولد المكاتب، وفى قيمته فضل على الكتابة: أخذت الأم ثلث الفاضل ميراثًا، وسقط عن السيد ثلثاه، وإن كانت الجناية خطأ، أو عمدًا: لم يسقط، وغرم الجميع، ويكون فضل ذلك لأولى الناس به. قال: وفيه نظر؛ لأن القيمة التى تجب على السيد كالدية لا يتبغى أن يرث السيد منها شيئًا، بل الفاضل لأولى الناس بعد السيد.

قال محمد: إن جنى المكاتب، فليل له: أد الجناية، فقال: ما عندى [فقد عجز، وخير سيده بين إسلامه وافتدائه عبدًا. وإن قال: ما عندى^(١) الآن لكن بعد أيام - لا يرق إلا بالسلطان، يقول له: إن أديت هذا من يومك - وشبهه - وإلا فأنت رقيق.

فرع إن قتل أحد المكاتبين فى الكتابة الواحدة [صاحبه] عمدًا أو خطأ، وهما أخوان أو أجنبيان - فللسيد القيمة فيالخطأ، ويخير فى العمد بين القصاص والعفو على أخذ القيمة، فإن أخذها فى عمد، أو خطأ [وفيها وفاء بالكتابة: عتق بها الجانى، واتبعه السيد بحصة ما عتق به منها فى عمد أو خطأ، فإن^(٢) كان أخًا، أو أجنبيًا عتق، ولا يتهم الجانى أن يكون أراد تعجيل العتق بالقيمة التى أدى إن كان على أدائها قادرًا قبل العتق، ويعتق بها. فإن لم يكن للجانى مال، ومعه أقل من القيمة، وللمقتول مال - فلا عتق فيما ترك المقتول إن قتله عمدًا؛ للتهمة على تعجيل العتق. وإن كانت كفاف الكتابة: عتق واتبعه السيد بما ينوبه منها، وإلا عجز، وإن أداها فلم تف بالكتابة: أخذها السيد، وحبس له فى آخر الكتابة، ويسعى القاتل فيما بقى، فإن أدى وعتق: رجع عليه السيد بما كان حبسه له من القيمة فى حصته من الكتابة.

(١) سقط فى أ.

(٢) سقط فى أ.

وإن كان القتل خطأ: أعتق القاتل في تركه المقتول، كان أحمًا أو أجنبيًا؛ لأنه لا يتهم، ويرجع على الأجنبي بما أدى عنه من المال الذي تركه المكاتب، وبقيمة المقتول - أيضًا - ولا يرجع السيد على الأخ بما عتق به من التركة؛ لأن أخاه لم يكن يرجع عليه لو أدى عنه، ويرجع عليه بقيمة أخيه؛ لأن الأخ لا يرث من القيمة. وإن قتل المكاتب أجنبي، فأدى قيمته: عتق فيها من كان معه في الكتابة، ولا يرجع عليه بشيء إن كان ممن لا يجوز له ملكه.

وإن جنى أحد المكاتبين في كتابة، فعجز عن الغرم، ولم يؤد من معه في الكتابة الأرض حالًا: عجز، وإن لم يحل شيء من نجومهما، وخير السيد في الجاني وحده، فإن أدى الذي معه الأرض، فعتقا: رجعا به عليه إلا أن يكون ممن يعتق عليه.

فإن قتلت مكاتبه ولدها عمدًا: لم تقتل به، ولا يقاد من الأبوين، ولا يعفو المكاتب عن قاتل عبده عمدًا أو خطأ على غير شيء إن منعه السيد؛ لأنه معروف يحل بالكتابة، ويخير سيد الجاني بين فدائه وإسلامه رقًا، وإن طلب هو القصاص وعفا سيده على أخذ قيمة العبد: فذلك للسيد دونه إلا أن يعجل المكاتب كتابته؛ فيتم له ما شاء من عفو أو قصاص.

وإن قتل السيد مكاتبًا لمكاتبه، أو عبدًا: غرم له قيمته معجلًا، ولا يقاصه بها في الكتابة؛ لأنه جنى على مال له.

فإن كان للمكاتب الأسفل ولد في كتابته: فللمكاتب الأعلى تعجيل تلك القيمة من سيده، وأخذ قصاصًا من آخر كتابة المقتول، ويسعى ولد المقتول فيما بقي، وإن كانت كفافًا: أعتقوا، أو فضلًا: أورثوه.

إن ولدت المكاتب بعد أن جنت، ثم ماتت: فلا شيء على الولد، ولا على السيد، وكذلك الأمة إن ولدت بعد الجناية، ثم ماتت: لا شيء على الولد، ولا على السيد، ولو لم تمت: لم تكن الجناية إلا في رقبته دون ولدها، ولدته قبل الجناية أو بعدها.

قال ابن يونس: قال أشهب: إذا لم يكن مع الأخ القاتل خطأ ما يؤدي القيمة، أو معه بعضها: عجل تمام الكتابة من مال المقتول، وعتق، واتبع القاتل بجميع القيمة، وبما أدى عنه منها، وإن كان في القيمة التي أدى وفاء الكتابة، فإنما يؤدي الكتابة

منها لا من مال المقتول.

وإن قتل أحد الأخوين الآخر، ولم يكن السيد قبض من الكتابة شيئاً، وقيمة المقتول مثل الكتابة، فأداها القاتل، وعق: رجع عليه السيد بما عتق به منها، وهو نصفها إن كانا في الكتابة معتدلين.

قال أشهب: يرجع عليه بجميعها لموت أحد المكاتين؛ لأنه لا يوضع بذلك عن الباقي شيء.

[قال: ولا يعجبنا؛ لأن قيمة المقتول عوض منه في النفع، والميت إن ترك مالا أديت منه الكتابة]^(١).

قال محمد: إذا قتل مكاتب مكاتبه، وهو عديم: يبع عليه كتابة مكاتبه، ويكون مكاتباً لمن اشتراه، فإن عجزت كتابته عن قيمة المقتول: اتبعه المكاتب بذلك، وهذا على قول الغير في كتاب أمهات الأولاد إذا وطئ أمة مكاتبه، فحملت. وعلى قول ابن القاسم فيها: يحاص السيد بالكتابة في العسر، فإن كانت كفافاً: عتق المكاتب، وإن بقي شيء: اتبعه به، كما قاله في الأمة.

فرع: في النوادر: وإن قتل عبد عبداً وحرّاً، فاتفق الولي والسيد على القصاص: اقتص. أو عدمه: خير السيد في فدائه [أو إسلامه]^(٢). أو اختلفا: قدم طالب القود، وليس كقطع اليد؛ لأنه ليس بين العبد والحر قصاص في الجراح، فإذا قطع العبد بقي جرح الحر في رقبته.

فإن قتل عشرة أعبدٍ لعشرة رجال قتلوا عبد رجل، فله قتلهم، أو أخذ قيمة عبده على كل واحد عشر قيمته يؤديه سيده، أو يسلمه، وله قتل البعض، ولا عبرة بتفاوت قيمهم، وإن كانت قيمة أحدهم ألفاً، فلا تعتبر إلا قيمة المقتول.

فإن قتل عبد وحر عبداً: عوقب الحر، وعليه نصف قيمة العبد، ولسيد المقتول القتل أو استحبيبه، ويكون له في رقبته نصف قيمة العبد مسلمة لسيده، أو يفديه. فرع قال: قال مالك: إنما ننظر إلى قيمة الجرح بعد البرء، وما نقصه يوم البرء، وإن برئ بغير شين فلا شيء فيه إلا الأدب في العمد في الحر والعبد.

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ط.

قال ابن القاسم: إن شج عبد عبدًا موضحة، فمات من فوره: فله قيمته بغير يمين. وإن عاش، ثم مات: حلف يمينًا واحدة لما مات^(١). منها، وثبتت القيمة في رقة العبد الجارح.

قال المغيرة: وله الاقتصار على طلب الشجة، ولا يحلف، فيفديه بها السيد أو يسلمه، وله تحليف سيد العبد الجارح أنه لم يمت من الشجة، فإن نكل: أسلمه أو فداه بقيمة الميت، وإن أقر العبد أنه منها مات: فله قتله، فإن استحياه: خير سيده. وإن شهد شاهد أن عبدًا قطع يد عبد، فأراد السيد القصاص: حلف العبد، أو العقل: حلف السيد، قاله المغيرة، وقال مالك: بل السيد في الوجهين؛ لأنه مالك المال.

فرع قال: إذا عتق المجروح، فإن برئ، ولم يسر: فليسده مبلغ ذلك من دينه عبدًا، وإن زاد بعد العتق فالزيادة للعبد على أنها من دية حر، فإن زاد لزوال عضو: فللعبد دينه من حر، ولسيده أرش الجرح.

وإن بدأت^(٢). باضعة^(٣)، لمنقلة بعد العتق، فإن لم يستقد: طرح أرش الباضعة من عبد من عقل منقلة عن حر، والباقي للعبد.

وإن عتق بعد الجرح، فتناهى للنفس: سقط الجرح، ولا قصاص للسيد، ولا أرش.

وقال ابن القاسم: فيه دية حر يرثها^(٤). ورثته بعد أن يقسموا: لمات^(٥) منها؛ لأن الموت وقع في الحرية.

وقال أشهب: دية عبد؛ تغليبا للسبب، وكذلك النصراني يسلم.

وإن أنفذت مقاتله، ثم عتق، ثم مات - قال ابن القاسم: توارث بالحرية.

فرع قال: قال ابن القاسم: إن كان قيمته يوم الجرح مائه ويوم الموت ألفا، فليس فيه إلا مائة، وكذلك إن نقص. وإن جنى عليه ثانيًا: فعليه قيمته يومئذ مجروحًا،

(١) في ط: لمات.

(٢) في ط: تناهت.

(٣) في أ: ناصعة.

(٤) في أ: حربي بها.

(٥) في أ: لات.

وكذلك طرء الجنائيات على الجنائيات.

فرع: قال: قال محمد: كل ما أتلفه العبد لا على وجه الأمانة: ففي رقبته، وما أتلفه على وجه الأمانة، وهو صانع، أو مودع، أو متصع معه، أو مستأجر عليه - ففي ذمته، إلا أن يتعدى: ففي رقبته.

وكل ما لزم العبد في رقبته: لزم اليتيم في ماله، وما لا يلزمه إلا في الذمة: لا يلزم اليتيم في ماله ولا في ذمته.

وفى خديعة العبد قولان:

هل هي في الذمة، أو الرقبة؟

قال ابن القاسم في المأذون [إذا أحبل أمة]^(١) بينه وبين غيره: ففي رقبته.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا قتلت، أو جرحت، فبعتها، فولدت: فتقتل في العمد، فإن كان الولد مثل الثمن، فأكثر: فهو في الثمن، ولا شيء للمشتري على البائع، ولا للبائع على المشتري في الفضل، أو أقل من الثمن: رجع المبتاع على البائع بالنقص، وإن استحيوها: خيروا بين الثمن الذي بيعت به من البائع، أو أخذ قيمتها يوم الحكم من المبتاع، فإن أخذوا الثمن من البائع: فلا شيء لهم على المبتاع، أو القيمة من المبتاع: رجع المبتاع على البائع بالثمن، كان ما غرم من القيمة أكثر أو أقل كالاستحقاق، وللسيد دفع الدية وأخذ الثمن.

فرع قال: قال ابن القاسم: عبد بينكما جنى على أحكما: يفتك الآخر نصفه بنصف الجنائية، أو يسلمه، أو على أحكما، أو أجنبي: فللأجنبي ثلاثة أرباع العبد، فإن شج كليكما موضحة: تساقطتا.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إذا جنى، ثم أبق: لا يجوز أن يسلم أبقا؛ لأنها معاوضة حرام.

فرع: قال: قال بعض أصحابنا: إذا حفر حرا وعبد بثرًا، فانهارت عليهما، ونصف قيمة العبد^(٢) مثل [نصف]^(٣) دية الحرا أو أقل - فلا تباعة بينهما؛ لأن نصف دية الحر في رقبة العبد الذاهب إلا أن يكون له مال، ففضل نصف الدية فيه،

(١) في أ: إذا احتمل أنه.

(٢) في ط: السيد.

(٣) سقط في أ.

أو نصف قيمة العبد أكثر: فالزائد في مال الحر^(١)، والمدبر، وأم الولد كالعبد.
 فرع: قال في الموازية: إذا جنى العبد الرهن، ففداه ربه: بقي رهنا، أو أسلمه:
 خير المرتهن في ثلاثة:
 إسلامه، واتباع الراهن بدينه.

أو يفديه، فيكون مع ماله رهناً بما فداه إن لم يكن سيده انتزعه قبل ذلك، وهو
 بالدين الأول رهن بغير ماله إن لم يكن اشترطه، ولا يباع حتى يحل الدين فإن لم
 يفده السيد بالدين والأرض: بيع، ويدى بالأرض؛ لتعلقه بالرقبة، وإن فضل بعد
 الدين والأرض شيء: فللسيد، أن يأخذه لنفسه بزيادة على الجناية قلت أو كثرت،
 فيسقط مثلها من دينه، ويتبع السيد بما بقي من الدين بعد إسقاط ما ذكرنا من الزيادة.
 فإن لم يفده السيد ولا أسلمه، وقال للمرتهن: إفده، ففداه - فذلك دين على
 الراهن، ولا يكون العبد به رهناً حتى يقول وهو به رهن، فإن فداه بغير أمره، ثم
 مات العبد: لم يلزم السيد شيء من ذلك إلا الدين القديم.

فرع: قال سحنون: إن غصب عبداً، وعند الغاصب جارية وديعة لربه، فجنى
 العبد عند الغاصب، فقتل رجلاً خطأ ووطئ الجارية - فلسيده تضمينه للغاصب
 فارغاً بغير جناية، ويخير فيه الغاصب.

فرع: قال: قال سحنون في الأمة المشتركة يطأها أحدهما، فتحمل، ولا مال له،
 فتجنى: فنصف الواطئ بحساب أم الولد، والآخر يفدى أو يسلم، فإن فدى: فله
 نصف قيمتها على الواطئ، أو أسلم: فذلك للمجنى عليه، ويباع له فيه إلا أن يفدى
 السيد، أو يسلم المجنى عليه، ولا يتبع الواطئ بشيء إلا أن للشريك اتباع الواطئ
 بنصف قيمة الولد، ويعتق على الواطئ نصفه، ويتبع المجنى عليه ذلك النصف
 بالأقل من نصف قيمة الجناية، أو نصف قيمة الرقبة.

فرع: قال: قال ابن القاسم: إن وهبت حاملاً أو وهبت حملها لآخر، فجنت:
 خير من له الأم: فإن أسلمها فهي وحملها للمجروح، أو فداها: فحملها لمن وهبت
 له، وإن تأخر: انتظر حتى وضعت: فالولد لصاحبه، ولا تلحقه الجناية، ويخير
 صاحب الأم: فإن أسلمها صاحب الرقبة حاملاً، فقال صاحب الولد: أنا أفتكها -

فذلك له .

فرع: في الجواهر: لا ضمان على الطبيب، والحجام، والبيطار إن مات حيوان مما صنع به إن لم يخالفوا، قاله ابن القاسم .
قال مالك: وإن ضرب معلم الكتاب، أو الصنعة صبيًا - ما يعلم أنه من الأدب، فمات: لم يضمن . وإن ضربه لغير الأدب؛ تعديًا، أو تجاوز الأدب: ضمن ما أصابه . وكذلك الطبيب إن لم يكن له علم، ودخل جرأة ويتقدم إليهم في قطع العروق، ونحوها مما لا يتقدم أحد على مثل هذا إلا أن يأذن الإمام . وينهون عن الأشياء المخوفة التي يتقى فيها الهلاك إلا يأذن الإمام، وأما المعروف بالعلاج: فلا شيء عليه .

وما أتى على يد الطبيب مما لم يقصده، فيه روايتان: يضمن؛ لأنه قتل خطأ، ولا يضمن؛ لأنه تولد عن فعل مباح، كالإمام .
وقال محمد بن حارث: إن فعل الجائر، فتولد عنه هلاك أو إفساد: فلا ضمان . أو أراد^(١) . فعل الجائر، ففعل غيره خطأ، أو جاوزه، أو قصر عن الجائر، فترتب عليه هلاك كذلك: ضمن، و ما خرج عن هذا الأصل فهو مردود إليه .
قال عيسى: من غرّ من نفسه: لم يضمن، ودية ذلك على عاقلته كالخطأ .
قال مالك: إن سقاه طبيب، فمات، وسقى قبله أمة، فماتت: لا يضمن، ولو ضمن لكان حسنًا، ويقال لهم: أي طبيب طب أو بطّ، فمات: ضمن .
قال مالك: إن أمر بقطع شفة أو يد قصاصًا، فقطع غير ذلك، أو زاد في القصاص: فهو خطأ على عاقلته إلا دون الثلث؛ ففي ماله، عمل ذلك بأجر أو بغير أجر .

وإن أمره عبد أن يحجمه^(٢)، أو يقطع عرقه، ففعل: ضمن ما أصاب العبد من ذلك إن لم يأمره سيده، علم أنه عبد أم لا .
وإن حفر في ملكه، أو ما أذن له في الحفر فيه لمنفعته، كقناة داره، فأسقط جدار جاره^(٣): ضمنه .

(١) في أ: زاد .

(٢) في أ: يحمله .

(٣) في ط: داره .

وإن أوقد نازًا على سطحه في يوم ريح عاصف ضمن ما أثقلتته مما كان يغلب على الظن عند وقودها وصولها إليه، وإن عصفت الريح بعد الوقود بغتة: فلا ضمان لعدم التفريط.

وإن سقط ميزابه، فقتل: فلا ضمان.

وإن كان جداره مائلًا؛ لأنه بناء مائلًا: فهو ضامن. أو مال بعد ذلك ولم يتداركه مع الإمكان، والإنذار، والإشهاد: وجب الضمان، وإن لم يُنذَر: ففي الضمان خلاف.

وإن رش الطريق؛ لتزلق فيها دابة: ضمن ما عطب، أو تردى، أو نحوه، وإن لم يرد إلا خيرًا: لم يضمن.

وفي النوادر: فعل الدابة، والمجنون المطبق، والصبي ابن سنة ونحوها أهدر في الأموال، وتحمل عواقلهما في القتل الثلث فأكثر، وما دون الثلث يتبعان به في المال والذمة.

قال ابن القاسم: ويقاد من السكران، بخلاف المجنون؛ لأن المعاصي لا تكون أسباب المسامحات.

وعن مالك: إن ضرب عبده، فعجز عنه، فأمر غيره بضربه، فمات: لم يضمن ويكفر.

وإن عنف في وطء بكر، وعلم أن موتها بعد قرب من ذلك: فعليه الدية، ويخير^(١). أهلها ويكفر.

قال عبد الملك: إن كان فيها محمل للوطء فلا شيء عليه، وإلا ضمن كالحجام وغيره؛ لأنه خطأ.

قال سحنون: إنما يخيرهم على قول من يرى أن لا ضمان بالخطأ في ماله.

قال أشهب: حافر المرحاض إن أضر بالطريق: ضمن، وإلا فلا؛ لقوله - عليه السلام - «الْبِئْرُ جُبَارٌ»^(٢).

(١) في ط: يجبر.

(٢) أخرجه البخاري (٤٢٦/٣) في الزكاة: باب في الركاز الخمس (١٤٩٩)، مسلم (٣/

١٣٣٤) في الحدود: باب جرح العجماء والمعدن والبئر جُبَار (١٧١٠/٤٥)، والنسائي (٥/

٤٥) في السنن، كتاب الزكاة: باب المعدن. وأحمد في السنن (٤٧٥/٢)، والدارمي في =

وإن حفر بئر ماشية لرجل بغير إذنه، فعطب بها رجل: لم يضمن؛ لأنه يجوز له حفرها.

وإن حفر بئرًا في داره لمصلحته: لم يضمن ما عطب فيها. أو ليقع فيها سارق قال ابن القاسم: ضمن السارق، وغيره. أو ليقع فيها سبيح: لم يضمن السارق، ولا غيره؛ لأن له فعل ذلك شرعًا، وكذلك إن ربط كلبًا؛ ليعقر إنسانًا، أو ليصيد. قال ابن القاسم: إن حفر في دار رجل بغير إذنه: ضمن الحافر؛ لأنه متعد في الدار إلا أن يعلم صاحبها فيجيز، أو يكون بينه وبينه صداقة؛ فهو كالإذن. قاعدة: أسباب الضمان ثلاثة:

الإفساد بغير إذن: كإحراق الثوب.

أو التسبب: كوقد النار بقرب الزرع.

أو وضع اليد غير مؤمنة: كالغاصب، وقبض المبيع بيعًا فاسدًا.

تنبيه: ضمان جناتيات العبد على خلاف القواعد، غير أن السنة أتت بها؛ لأن العبد قد يقصد الفساد، فتؤخذ رقبته، فيقع الإضرار بالسيد، وهو لم يجز^(١)، ولا يتألم العبد وقد جنى، والقواعد: لا يعاقب غير الجاني.

قاعدة: العمد والخطأ في أموال الناس سواء إجماعًا، ممن هو مكلف أو فيه أهلية التكليف، كالتمييز بخلاف الرضيع؛ فإنه كالبهيمة.

قاعدة: إذن المالك - المأذون له شرعًا أن يأذن - مسقط الضمان؛ ولذلك لا يضمن المودع ولا المستعير فيما لا يغاب عليه، ولا يضمن المودع إذا حول الوديعة من زاوية بيته إلى زاوية بيت آخر، والإذن الشرعي إذا عرى عن إذن رب المال لا يسقط الضمان؛ ولذلك فإن الإنسان أذن له الشرع في التصرف في بيته، ولو شال شيئًا، فسقط على الوديعة: ضمنها؛ لانفراد الإذن الشرعي؛ لأن ربها لم يأذن له في ذلك. وكذلك فاتح بابه، فكسر خلفه قلة زيت: يضمن؛ لانفراد الإذن الشرعي. والصائد أذن له في الصيد، فإن أفسد به: ضمن؛ لانفراد الإذن الشرعي. والمضطر

= السنن (١٩٦/٢)، والبيهقي في السنن (١٥٥/٤)، (٣٤٣/٨)، ومالك في الموطأ (٢/٨٦٨)، في العقول: باب جامع العقل (١٢).

(١) في ط: يجز.

أذن له الشرع في أكله طعام الغير يضمه؛ لانفراد الإذن الشرعى. فيتلخص: أنه إن اجتمع الإذنان: فلا ضمان كالمودع، أو انتفيا: ضمن كالغصب، أو أذن المالك فقط: لا يضمن، فهي ثلاثة^(١) أقسام: يضمن في واحد، ويظهر أن الإذنين كل واحد منهما أعم من الآخر، وأخص من وجه، ويجتمعان وينفرد كل واحد بنفسه، وهو ضابط الأعم والأخص من وجه.

قاعدة: الجوابر والزواجر من قواعد الشرع وقد توجد الزواجر بلا جبر: كالحدود، والجوابر بلا زجر: كتضمين الصبي، والمجنون، وقد يجتمعان، نحو: كفارة الظهار، وتضمين الغاصب، وجزاء الصيد في قتله متعمداً، وغاصب المرأة، ونحوه. وسيأتى بسط هذه القاعدة في الدماء، إن شاء الله تعالى.

فعلى هذه القواعد تتخرج فروع الجنایات في الضمانات، فتأملها واستعملها في موارد، تحكم الضمان بفضل الله تعالى.

فرع: في النواذر: قال مالك: إن اصطدمت سفيتان، فغرقت إحدهما بما فيها: فهدر؛ لأن الريح تغلبهم، إلا أن يعلم قدرتهم على صرفها.

قال ابن القاسم: ولو قدروا مع هلاكهم: ضمنت عواقلهم النفوس، والمال في مالهم؛ لأنهم وفروا نفوسهم. فإن لم يروهم؛ لظلمة الليل، ولو رأوهم لم يقدروا عليها: لم يضمنوا.

وإن اصطدم فارسان، فهلكا وفرسهما: فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر، وقيمة فرسه في ماله؛ لأن الفارس متمكن من فرسه، بخلاف أهل السفينة. وقيل: على كل واحد نصف دية الآخر؛ لاشتراكه في قتل نفسه.

قال: ولو لزم هذا إذا عاش أحدهما: لم يلزم عاقلته إلا نصف دية الآخر، ولكان الذي يهوى في البئر قاتلاً لنفسه مع حافرها، ولكان الواطئ على الحسك - وقد نصبها رجل فيما لا يملك - قاتلاً لنفسه مع ناصبها، وبالمشهور قال على وغيره، رضى الله عنهم.

وان اصطدم حر وعبد، فماتا: فقيمة العبد في مال الحر، وذية الحر في رقة العبد، ويتقاصان، فإن زاد ثمن العبد على الدية: فلسيده الزيادة في مال الحر، أو

(١) في ط: أربعة.

دية الحر أكثر: لم يلزم السيد شيء، إلا أن يكون للعبد مال فالفضل فيه.

وقال أصبغ: قيمة العبد في مال الحر يأخذه السيد، ويقال له: افتك قيمته بدية الحر، أو أسلمها: فإن أسلمها فليس لولاء الحر غيرها، وإن فداها: فجميع الدية؛ لأنها قاعدة الجنایات.

وإن اصطدم رجلان أو راكبان، فوطئ أحدهما على صبي، فقطع أصبعه: ضمناه؛ لأن لكل واحد منهما أثرًا فيه بالاصصدام.

قال أشهب: حافرو البئر تنهار على أحدهم: تضمن عاقلة الباقي [نصف] (١) ديته والنصف الآخر هدر؛ لأن للمقتول شركا في قتل نفسه، ولا تعقل العاقلة قاتل نفسه.

وإن ماتوا: فعلى عاقلة كل واحد نصف دية الآخر؛ لشركة كل واحد في قتل نفسه.

قال مالك: إن ارتقى في البئر، فأدركه آخر في إثره، فخرا، فهلكا: فعلى عاقلة الأسفل الدية؛ لأنه المباشر بفعله.

قال مالك: ربطت مركب في صخرة، وربط بها أخرى، وربط ثالث بأحدهما، فجره الثالث حتى كادوا يفرقون، فسرحوا الثالث؛ خوف الغرق، فهلك بما فيه - لا شيء عليهما؛ لخوفهم الهلاك.

قال ابن القاسم: إن طلبت غريقًا، فخشيت الموت، فأفلته: لا شيء عليك. وإن علمته العوم، فخفت الموت عليك، فأفلته: ضمننت دية؛ لأنك أنشبتة. وعنه: لا ضمان؛ كالغريق.

فإن تردى في بئر، فطلبك تدلى له حبلاً، فرفعته، فلما أعجزك خليته، فمات: ضمنته، قاله [مالك] (٢) وقال: إن أمسكت لرجل حبلاً يتعلق به في البئر، فانقطع: فلا شيء عليك؛ لعدم صنعك، أو انفلت من يدك: ضمننت.

فرع قال: إن سقط من دابته على رجل، فمات: فديته على عاقلة الساقط. وإن سقط على غلام، فانشج الأسفل، وانكسر الأعلى: ضمن الأعلى شجة الأسفل،

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في أ.

والأعلى هدر. وإن دفع رجلاً، فوقع على آخر: فعلى الدافع العقل دون المدفوع؛ لأنه آلة.

وإن دفعه، فطرحة، فوقعته يده تحت ساطور جزار - فقيل: على عاقلة الجزار؛ لأنه المباشر، وقيل: على عاقلة الطارح؛ لأنه القاصد.

قال مالك: وإن قاد بصير أعمى، فوقع البصير في البئر، ووقع عليه الأعمى، فمات البصير. فديته على عاقلة الأعمى، وقضى به عمر، رضى الله عنه.

النظر الثاني - في دفع الصائل:

وهو: في المدفوع، والمدفوع عنه، والدفع

وفي الجواهر: أما المدفوع: فكل صائل، إنساناً كان أو غيره، فمن خشى من ذلك، فدفعه عن نفسه: فهو هدر حتى الصبي والمجنون إذا صالاً، أو البهيمة؛ لأنه ناب عن صاحبها في دفعها.

والمدفوع عنه: كل معصوم من نفس، أو بضع، أو مال، قال القاضي أبو بكر: أعظمها: النفس، وأمره بيده إن شاء سلم نفسه، أو يدفع عنها. ويختلف الحال: ففي [زمان] (١) الفتنة: الصبر أولى؛ تقيلاً لها، أو مقصوداً وحده، فالأمر سواء. وأعظم من الجميع: الدين، وهو أقوى رخصة؛ لقوله - تعالى -: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ﴾ [النحل: ١٠٦].

وأما الدفع فقال القاضي: لا يقصد القتل، بل الدفع، فإن أدى إلى القتل فذلك، إلا أن يعلم أنه لا يندفع إلا بالقتل، فيقصد ابتداء. ولو قدر المصول عليه على الهرب من غير مضرة تلحقه: لم يدفع بالجرح، وإلا دفع بما يقدر، ولا يتعين قصد العضو الجاني؛ لأن الشر من نفس الصائل.

فإن عض يد غيره، فترع اليد، فتبددت أسنانه: ضمن النازع دية الأسنان؛ لأنها من فعله، وقيل: لا يضمن؛ لأنه ألجأ لذلك.

وإن نظر إلى حرم من كوة: لم يجز أن يقصد عينه أو غيرها؛ لأنه لا يدفع المعصية بالمعصية، وفيه القود إن فعل، ويجب تقدم الإنذار في كل دفع.

تمهيد: في الصحاح: «كُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْمُقْتُولَ، وَلَا تَكُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْقَاتِلَ» (٢)،

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١١٠/٥) وفي الباب سعد بن أبي وقاص: أخرجه أبو داود =

وعليه اعتمد عثمان - رضى الله عنه - على أحد التأويلات، ولأنها تعارضت مفسدة أن يقتل، أو يمكن من نفسه، والتمكين من القتل أخف مفسدة من القتل؛ فيقدم. والفرق بين أن يمكن من قتل نفسه، أو يترك الغذاء أو الشراب حتى يموت^(١): أن ترك الغذاء هو السبب التام فى الموت، لم ينصف إليه غيره، ولا بد أن ينضاف فعل الصائل للتمكين.

والفرق بين من ترك الغذاء يحرم، ومن ترك الدواء، فلا يحرم: أن الدواء غير [منضبط]^(٢) النفع؛ فقد يفيد، وقد لا، والغذاء ضرورى النفع.

النظر الثالث - فى إتلاف البهائم:

فى الجواهر: ما أكلته من الزرع بالنهار لا ضمان على أربابها؛ لأن على أرباب الحوائط الحفظ نهارًا.

قال محمد بن حارث: وهذا الكلام محمول على أن أهل المواشى لا تهملها نهارًا، ويجعلون معها حافظًا، وإلا فإن أهملوا ضمنوا.

وما أتلفته ليلاً ضمنوه، وإن كان أضعاف قيمتها، كان ذلك الزرع أو الكرم محجورًا عليه أم لا، محروسًا أم لا؛ لأن على أهل المواشى حفظها ليلاً.

قال القاضى أبو الوليد: هذا مختص بالموضع الذى يكون فيه الزرع، أو الحوائط مع المسارح، أما المختص بالمزارع دون المسارح: فيضمنون ليلاً، ونهارًا.

فرع مرتب: قال مطرف: عن مالك: يضمنون قيمة ما أفسدت على الرجاء أو الخوف، وأن يتم أو لا يتم وإن لم يبد صلاحه.

وعن ابن القاسم: قيمته لو حل بيعه؛ لأن القيمة عوض عن الثمن، وقال: لا يستأنى [بالزرع هل ينبت]^(٣). أم لا، كما يصنع بسن الصغير؛ لأن السن إذا نبئت لم تفت المصلحة، وتأخر نبات الزرع عن إيبانه يذهب مصلحته.

فى النوادر: لو وطئت على رجل إنسان بالليل، ففطعتها: لم تضمن، بخلاف الزرع والحوائط والجرون.

= (٤٢٥٧).

(١) فى أ: حتى يترك يموت.

(٢) بياض فى أ.

(٣) فى أ: بالزرع حتى هل يبين.

فزع: فى النوادر: ما وطئت الدابة بيد أو رجل، أو أصابته بيدها أو فمها، وعليها راكب - قال مالك: إن كان الراكب يجريها أو يشيلها أو يضربها، فترمح: ضمن [نفسه]^(١)؛ لتسيبه، أو من فعلها خاصة: فهدر؛ لقوله - عليه السلام - «جَزَحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ».

قال: قال مالك: القائد والسائق والراكب ضامنون لما أصابته الدابة بيد أو رجل، فإن اجتمعوا: فعلى كل واحد ثلث الدية، يريد: أن الراكب يشركهم فى فعل فعله بها كان عنه فعلها، إلا أن ترمح من غير فعل أحد، وفعله عمر - رضى الله عنه - فى مجرى الفرس.

قال ابن القاسم، وأشهب: إذا اجتمعوا: فما وطئت عليه لم يلزم الراكب، ولزم القائد والسائق؛ لأن الراكب كالمتاع لا يقدمها، ولا يؤخرها إلا أن يفعل ما يبعثها على ذلك، ولم يكن من السائق والقائد عون، قال ابن القاسم: فهو الضامن. قال أشهب: ما نفجت^(٢)، أو كدمت من غير تهيج من أحدهم: فأجدرهم بالضمان السائق، إن كان سوقه يذعرها^(٣)؛ لأنه خلفها فهى تخافه.

وفى الموازية: إن وطئت الدابة، وعليها راكب صغير لا يضبط ولا يحرك، أو نائم، أو مريض: فذلك عليه، إلا أن يكون لها سائق أو قائد: فعليهما دونه. قال مالك: يضمن من المرتدفين^(٤) المقدم إلا أن يحركها المؤخر، أو يضربها: فعليهما. أو يفعل المؤخر ما لا يقدر المقدم على دفعه.

قال ابن القاسم: يختص به الضمان على عاقلته فيما تحمله العاقلة. قال مالك: فإن رمحت من غير فعل واحد منهما: فلا شئ عليهما. قال ابن القاسم: يضمن قائد القطار ما وطئ عليه أول القطار أو آخره؛ لأنه أوطأه بقوده إياه.

قال أشهب: وقد يضمن أعذر منه، كمن يرى طائراً، فيقع على إنسان، فيقتله الطائر.

(١) سقط فى ط.

(٢) فى أ: نفجت.

(٣) فى ط: يدعوها.

(٤) فى ط: المرتسمين.

قال مالك: لا يضمن الراكب ما كدمت، أو ضربت بيد أو رجل إلا أن يكون منه فعل بخلاف ما وطئت؛ لأن الركوب سبب المشى لا الكدم. وإن نزل عن دابته، فوقفت في الطريق: ضمن ما أصابت؛ لأن ذلك يحرم عليه، وله الوقوف عليها في الطرق لحاجته. أو نزل عنها، فيوقفها، ولا يضمن. وإن جمحت براكبيها، وعلم أنه مغلوب: ضمن ما أصابت؛ لأن ركوبه سبب ذلك.

قال أشهب: إن ركبها، فطار من تحت يدها حصاة، ففقت عينا: لا شيء عليه.

قال محمد: هذا إن طارت لحفرة وقع الحافر من غير أن يدفعها بحافرها، أما لو أطارتها بحافرها: ضمن. وإن ساقها، فوقع سرجها، أو متاع عليها، فأتلّف: لم يضمن.

قال ابن القاسم: إن رمحت^(١) الدابة، فصحت: إياك، فوطئت: ضمنت؛ لأنك تهيجها.

وإن انفلتت، فصحت لرجل يمسكها، فقتلته: فهو جبار، إلا أن يكون المأمور عبداً لغيره، أو حراً صغيراً. وإن أفلتت من يد رجل، أو من مدورها، فأفسدت: فهدر، وغلبتها إياه على الانفلات كغلبتها للراكب على الجماع.

قال مالك: إن اقتنى كلباً عقوراً في داره لماشية، وهو يعلم بعقره: ضمن. قال ابن القاسم: يعنى: إن اتخذه [بموضع]^(٢) لا يجوز له، وإلا لم يضمن إلا أن يتقدم له.

وعن ابن وهب في الدابة الصئول في مربطها، فانفلتت منه، ففست: لا يضمن صاحبها إلا أن يتقدم له. وقال أشهب: لا يضمن مطلقاً.

قال ابن القاسم: إن اتخذ الكلب فيما له اتخذه - كالصيد، أو حراسة الدار - لا يضمن من دخل، دخل بإذن أم لا، إلا أن يعلم ربه أنه يعقر.

قال محمد: أصل ذلك: إن اتخذه فيما لا يجوز له، أو لحراسة الدار: ضمن، أو

(١) في ط: وجهت.

(٢) سقط في أ.

بموضع يجوز إلا أنه علم أنه يعقر.

وإن اتخذه للسراق، قال مالك: إن اقتناه في داره للماشية: ضمن إن علم أنه يعقر؛ لأن الماشية في الدار لا يخاف عليها، فللناس اتخاذه. قال مالك: إن عرفت^(١) الإبل بالعدو على أهل الزرع: بيعت ببلد لا زرع فيه.

تنبيه: وافقنا (ش) أنه لا يضمن العجل الصائل، والمجنون، والصغير. وقال (ح): يباح له الدفع، ويضمن. واتفقوا إذا كان آدميًا بالغًا: لم يضمن. لنا: أن الأصل عدم الضمان. وقياسًا على آدمي، وعلى الدابة المعروفة بالأذى أنها تقتل، ولا يضمن إجماعًا، ولا يلزمنا إذا غصبه، فصال عليه؛ لأنه يضمن ثمنه^(٢) بالغصب، لا بالدفع. ولا إذا اضطره الجوع [إلى طعام غيره فأكله: فإنه يضمن]؛ لأن الجوع القاتل في نفس الجائع لا في نفس الصائل، والصيال القاتل في الصائل.

احتجوا بأن مدرك عدم الضمان إنما هو إذن المالك لا جواز الفعل؛ لأنه لو أذن له في قتل عبد: لم يضمن، ولو أكله لمجاعة: ضمن. والآدمي له قصد واختيار؛ فلذلك لم يضمن، والبهيمة لا اختيار لها؛ لأنه لو حفر بئرًا، فطرح إنسان نفسه فيها. ثم يضمه، ولو طرحت بهيمة نفسها. ضمها، وجناية العبد تتعلق برقبته، وجناية البهيمة لا تتعلق برقبته. وعموم قوله - عليه السلام - «جَزَحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ» أي: هدر، فلو ضمن: لم يكن جبارًا كالآدمي.

والجواب عن الأول: أن الضمان يتوقف على عدم جواز الفعل، بدليل أن الصيد إذا صال على محرم: لم يضمه، أو صال على العبد سيده فقتله العبد، أو الأب على ابنه فقتله ابنه: لا يضمنون؛ لجواز الفعل.

وعن الثاني: أن البهيمة لها اختيار اعتبره الشرع؛ لأن الكلب لو استرسل بنفسه لم

(١) في أ: غرقت.

(٢) في أ: تمت.

يؤكل صيده، والبعير الثأد يصير جميعه منحراً على أصلهم.
وإن فتح قفصاً، فقع الطائر ساعة، ثم طار - قلت: لا يضمن؛ لأنه طار
بأختياره.

وأما قولكم في الأدمى لو طرح نفسه في بئر: لا يضمن، بخلاف البهيمة -
فيلزمكم: أنه لو نصب شبكة، فوقعت فيها بهيمة: لا يضمنها.
وأما تعلق الجناية برقبة العبد فيبطل بالعبد الصغير؛ فإنه تعلق الجناية برقبة مع
مساواته للدابة في الضمان.

وعن الثالث: أن كونه جباراً: أنه لا قصاص فيه، ولا يلزم عن عدم اعتباره [في]
القصاص عدم اعتباره^(١) مطلقاً، أو معناه: لا يوجب ضماناً على مالكه، والتزاع في
الضمان على قاتلها.

فتنبه: إن أرسل الماشية بالنهار للرعى، أو انفلتت، فأتلفت: فلا ضمان.
وإن كان صاحبها معها، وهو يقدر على منعها، فلم يمنعها: ضمن.
ووافقنا (ش) و (ح).

فإن انفلتت بالليل، أو أرسلها مع قدرته على منعها: ضمن، وقاله (ش) في
الزرع، وفي غير الزرع اختلاف عندهم.

وقالوا: يضمن أرباب القطط المعتادة الإفساد، ليلاً أفسدت أو نهاراً.
وإن خرج الكلب من داره، فجرح: ضمن. أو الداخِل ياذن: فوجهان، أو بغير
إذن: لم يضمن.

وإن أرسل الطير، فالتقط حب الغير: لم يضمن ليلاً أو نهاراً.

وقال (ح): لا ضمان في الزرع، ليلاً كان أو نهاراً.

لنا: قوله - تعالى - : ﴿وَيَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا بَخَسْتُمْ فِي الْمَرْثَةِ إِذَا نَفَسْتُمْ فِيهِ غَنَمُ

الْقَوْمِ...﴾ الآية [الأنبياء: ٧٨].

وجه الدليل: أن داود - عليه السلام - قضى بتسليم الغنم إلى أرباب الزرع قبالة
زرعهم، وقضى سليمان - عليه السلام - بدفعها لهم ينتفعون بدها، ونسلها،
وخراجها حتى يخلف الزرع، وينبت زرع آخر.

(١) سقط في أ.

والنفس: رعى الليل، والهمل^(١): رعى النهار بلا راع.

ولأنه فرط؛ فيضمن كما لو كان حاضراً.

ولأنه بالنهار يمكنه التحفظ [دون الليل، وقد اعتبرت ذلك في قولكم: إن رمت الدابة حصاة كبيرة، أصابت إنساناً: ضمن الراكب، بخلاف الصغيرة لا يمكنه التحفظ]^(٢) منها، ويتحفظ عن الكبير بالتكبد عنه.

وقلت: يضمن ما نفجت بيدها؛ لأنه يمكنه ردها بلجامها، ولا يضمن ما أفسدت برجلها وذنبها.

احتجوا بقوله - عليه السلام - : «جَرَحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ».

وبالقياس على النهار.

وما ذكرتم من الفرق بالحراسة بالنهار باطل؛ لأنه لا فرق بين من حفظ ماله فأتلفه إنسان، أو أهمله فأتلفه: أنه يضمنه في الوجهين.

وقياساً على جناية الإنسان على نفسه وماله، وجناية ماله عليه، و [جنايته على]^(٣) مال أهل الحرب، [أو أهل الحرب]^(٤) عليه، وعكسه: جناية صاحب البهيمة.

والجواب عن الأول: أن الجرح عندنا جبار، إنما النزاع في غير الجرح، واتفقنا على تضمين السائق، والراكب، والقائد.

وعن الثاني: الفرق المتقدم.

والجواب عما ذكر: أن إتلاف المال بسبب المالك، كمن ترك غلامه يصول،

(١) في أ: المهد.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: على جناية.

(٤) سقط في أ.

فيقتل : فلا يضمن .

وعن الثالث : أنه يضمن ، قياسٌ مخالفٌ للآية ، ولأنه بالليل مفروط ، وبالنهار ليس مفروطاً .

وبقية النقوض ليس أحدهم من أهل الضمان ، وههنا أمكن التضمين .

* * *

فهرس محتويات

الجزء التاسع

من

الذخيرة

فهرس المحتريات

٣	كتاب العنق
١٣٧	كتاب التدبير
١٧٧	كتاب الكتابة
٢٥٧	كتاب أمهات الأولاد
٣٠٧	كتاب الجنائيات
٣٧٨	الباب الأول: فى أفاظه
٣٨٨	الباب الثانى: فى أحكام القذف
٤٠٠	الباب الثالث: فى التعزير
٤٨٠	كتاب موجبات الضمان

* * *

